الجزء الأول

الموسـوعــة القضائيــة الحديثــة
في
الشـــرح والتعليـــق
على
القانـــون المدنـــي
في
ضوء القضاء والفقه

تأليـف

شريـف أحمـد الطبـاخ

المحامـي بالنقض والإدارية العليا


بسم الله الرحمن الرحيم

القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨

بإصدار القانون المدني

والصادر بتاريخ ١٩٤٨/٧/١٦ والمعمول به

اعتبارا من ١٩٤٩/١٠/١٥

القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨
بإصدار القانون المدني
والصادر بتاريخ ١٩٤٨/٧/١٦ والمعمول به اعتبارا من ١٩٤٩/١٠/١٥

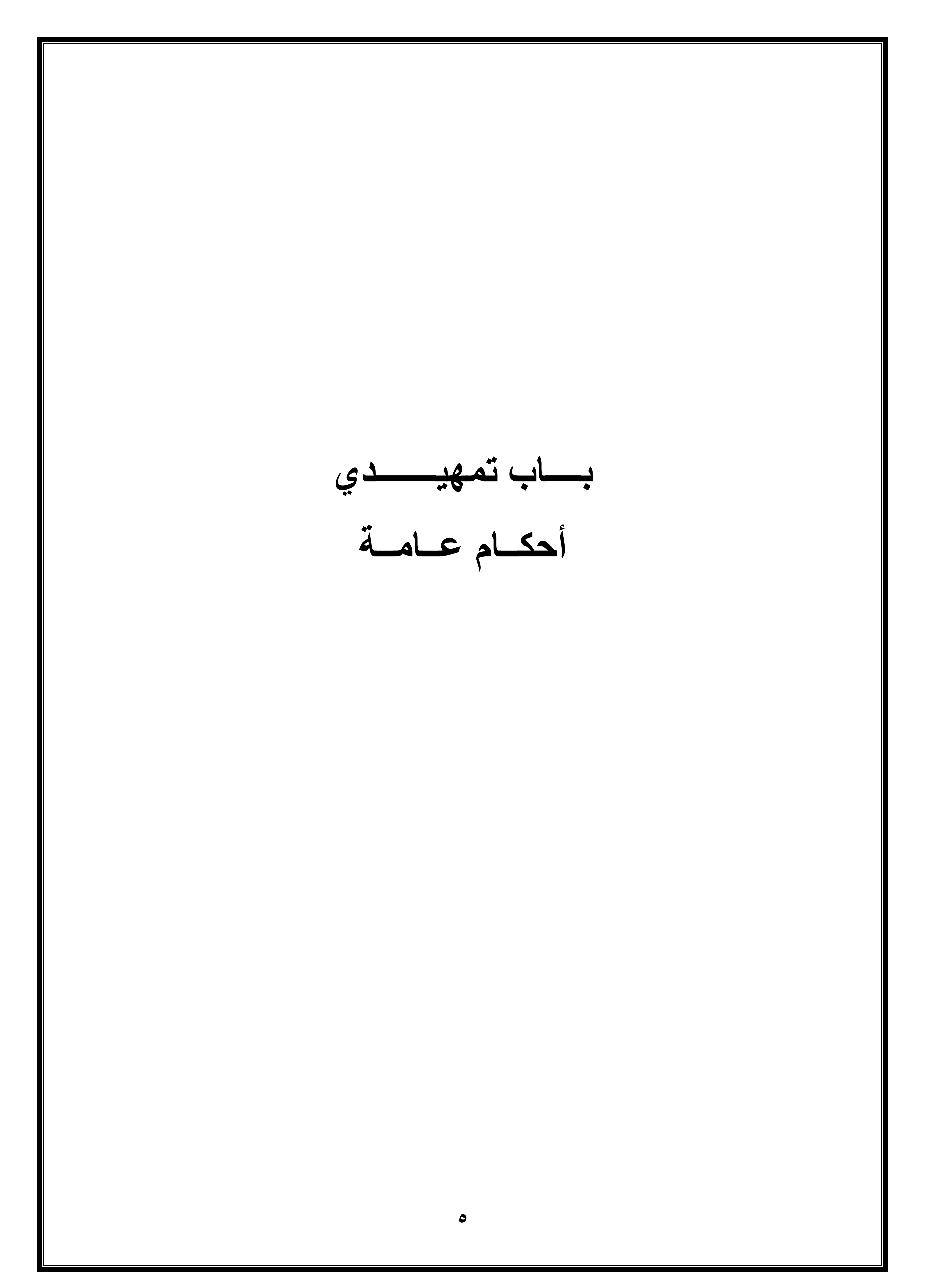
نحن فاروق الأول ملك مصر :

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتي نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه :

مادة (١) : يلغى القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون .

مادة (٢) : على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر في الجريدة الرسمية ، وينفذ كقانون من قوانين لدولة .



بـــاب تمهيـــــدي

أحكــام عــامــة

الفصل الأول

القانون وتطبيقه

(١) القانــون والحــق

﴿ المـــادة ١ ﴾

تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ١ من التقنين المدني السوري ، والمادة ١ من التقنين المدني الليبي ، والمادة ١ من التقنين المدني العراقي ، والمادة ٤ من التقنين المدني الســوداني ، والمادتين ٣ ، ٤ من التقنين المدني الكويتي .

وقد جاء عنها بمذكرة الأعمال التحضــيرية بأن " جمع المشــروع في هذه المادة ما يعرف في اصطلاح الفقه بمصادر القانون ، وليس يقصد من جمع المصادر على هذا النحو الى مجرد تعدادها بل يراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق ، ولذلك يخلق بالقاضــي أن يلتمس الحكم الذي يطبق على النزاع في نصوص التشريع أولاً ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه وامتنع عليه الأخذ بأسباب المرونة لها من تقصي روح النص إما بالرجوع الى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو الكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة ، ونقل القانون عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصــيلية يكفي أن يشــار في صــددها إلى ما تعلق بمجلس العقد وإيجار الوقف والحكر وإيجار الأراضــي الزراعية وهلاك الزرع في العين المؤجرة وانقضــاء الإيجار بموت المســتأجر وفســخه بالعذر ، هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين السابق أحكامها من الشريعة الإسلامية وأبقاها المشروع لبيع المريض مرض الموت والغبن وتبعة الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والعلو والسفل والحائط

المشـترك ، أما الأهلية والهبة والشـفعة والمبدأ الخاص بن لا تركة إلا بعد سـداد الدين فقد اسـتمد المشـروع أحكامها من الشريعة الإسلامية وهى أحكام لها أهميتها في الحياة العملية .

﴿ الشـــــرح ﴾

- **مصـــادر القانون :** البحث عن مصـــادر القانون ، له أهمية كبيرة من حيث القدرة على تحديد مضـــمون القواعد القانونية ، وكيفية تطبيقها وتفسيرها . فاصطلاح المصدر ليس له إلا معنى واحد هو المعنى السابق بيانه ، وهو السبب المنشئ وفقا لمقتضيات مبدأ السببية ، ونظرا لأن البحث عن المصدر هو نقطة البداية في كل بحث علمي ، فإنه يجدر عدم اسـتخدام اصـطلاح المصـدر في غير مدلوله الصـحيح ، ومع ذلك فقد شـاع استخدام اصـطلاح المصـدر في عدة معان مختلفة ، المعنى الأول هو المعنى الصـحيح السـابق ذكره ، وهو السـبب المنشـئ ، ويسـمى المصـدر بهذا المعنى ، باسـم المصـدر الرسـمي **source formelle** ، أى السـبب الذي أنشـأ القاعدة القانونية كالتشـريع أو العرف أو القضـاء . أما المعاني الأخرى التي اسـتخدم فيها اصـطلاح المصـدر ، فهى معان غير معبرة عن هذا الاصـطلاح ، ويؤدي استخدامه في التعبير عنها الى خلط لا مبرر له ، خاصة وإذا وقع هذا الخلط بصدد المبدأ الأول للمعرفة وهو مبدأ السـببية ، ومن المعاني غير الصـحيحة لاصـطلاح المصـدر ، ما يطلق عليه اسـم المصـدر الموضـوعي للقاعدة القانونية **source matérielle** أو المصـدر الحقيقي لها **source réelle** ويقصـد بهذا الاصـطلاح غير الدقيق ، الحقائق الموضـوعية التي اسـتمد منها المشـرع القاعدة القانونية ، ومن هذا القبيل الحقائق التاريخية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية ... وغيرها ، مما أوحى الى المشـرع بالقاعدة لتي أصـدرها بعد ذلك في صـورة قاعدة قانونية وضـعية ، ومن الواضـح أن اسـتخدام اصطلاح المصـدر في هذا المجال هو خلط بين مصـدر القاعدة وبين مضـمونها ، فالمشـرع قد يستوحى مضـمون القاعدة من الحقائق السـابق ذكرها ، بل وقد يجد مضـمون القاعدة مكتوبا في قانون قديم أو شريعة دينية أو قانون دولة أجنبية ، فينتقل هذا المضمون نقلا حرفيا ويضمنه للقاعدة القانونية الصادرة عن إرادته والتي يعبر عنها في صـورة تشـريع ، وفي هذه الحالة فإن التشـريع هو وحده الذي يمكن اعتباره مصـدر القاعدة القانونية . أما الحقائق الموضوعية التي استوحى منها المشرع مضـمون هذا التشريع ، أو

التي نقل عنها هذا المضـــمون نقلا حرفيا ، فإنها لا تعتبر مصـــدرا للقانون ، ولكنها تتعلق فقط بمضـــمون القانون ، ولا يجدر في نظرية صـــحيحة للقانون الخلط بين المصـــدر **source** وبين المضـــمون **contenu** ، ومن المعاني غير الصـحيحة لاصـطلاح المصـدر ، ما يطلق عليه اسـم المصـدر التاريخي **source historque** والمقصـــود بذلك أن يكون المشـــرع قد رجع في وضـــع القانون الى حقائق تاريخية ، وهى من الحقائق الموضـــوعية التي يســـتلهمها المشـــرع في وضـــع القواعد القانونية ، أى أن اصطلاح المصادر التاريخية هو تعبير جزئي عما سبق ذكره من المصادر الموضوعية ، ومن قبيل المصادر التاريخية للقانون المصري ، الشريعة الإسلامية ، وكذلك القانون الفرنسي ، فقد رجع المشرع المصري في معظم أحكام التقنينات المصـرية الحديثة إلى أحكام القانون الفرنسـي ، وكذلك رجع إلى أحكام الشـريعة الإسـلامية عند وضـع قوانين الميراث والوصـية والولاية على المال وأحكام الأسـرة بالنسـبة للمسـلمين ... وغير ذلك من القوانين الأخرى ، وكما أن اصطلاح المصادر الموضوعية هو اصطلاح غير صحيح ، فإن اصطلاح المصادر التاريخية ، هو أيضا اصطلاح غير صحيح وللسبب ذاته . فلئن كان المشرع قد استقى أحكام القوانين التي أصدرها ، من الشريعة الإسلامية ، أو من القانون الفرنسي ، فإنه أخذ من هذه القوانين مضمون القواعد التي أصدرها ، فما يراد التعبير عنه تحت اسم المصادر التاريخية ، هو مضمون القاعدة القانونية ، وليس مصـدرها ، ومن الخطأ الخلط بين المصـدر والمضـمون ، ومن المعاني غير الصـحيحة لاصطلاح المصدر ، ما يطلق عليه اسم المصدر التفسيري **source interprétative** ، والمقصود بذلك المرجع الذي يستعان به في تفسير القانون ، ومن هذا القبيل مؤلفات الفقهاء والشراح ، وغني عن الذكر أن اصطلاح المصدر ، قد استخدم هنا في غير مكانه الصحيح ، فالمصدر يتعلق بالخلق والإنشاء ، أما التفسير فهو يرد على قاعدة سبق وجودها ، ولذلك فلا يتصور أن يكون التفسير مصدرا لها ، ومن غير المقبول أن يقع خلط بين مصـــدر القاعدة وبين تفســيرها ، ويتبين من هذا الاســتعراض ، أن اصـــطلاح المصـــدر له مدلول واحد ، ولا يمكن أن يكون له غير هذا المدلول ، وهو الســبب المنشـئ ، فمصـــادر القانون هى الأسـباب المنشـئة للقواعد القانونية ، وينبغي أن نقصـر اسـتخدام اصـطلاح المصـدر على هذا المعنى وحده دون غيره ، ولذلك فإذا أطلق اصـطلاح مصـدر القانون ، فيكون المقصـود به هو المصـدر

الرسمي للقانون ، وكلمة رسمي يمكن أن تضاف هنا ، لتأكيد المقصود باصطلاح المصدر ، وليس للتمييز بين المعاني المختلفة لهذا الاصطلاح ، إذ لا يوجد له سوى معنى واحد صحيح ، وعلى ضوء هذا التحديد يمكن أن نفرق بين مصادر القانون وبين جوهر القانون ، وأن نفرق كذلك بين مصادر القانون وبين المبادئ العامة للقانون ، وأن نفرق بين مصادر القانون وبين القوى الخلاقة للقانون ، وأن نفرق أخيرا بين مصادر القانون وبين مضمون القانون . (راجع تفصيل ذلك تناغو – النظرية العامة للقانون ص٢٣٤ وما بعدها وانظر الدكتور شمس الدين الوكيل غي تعريفه للمصدر الرسمي حيث ذهب الى لئن جاز لنا أن نستعير لغة الصناعة ، فإن المصدر الرسمي هو الآلة التي تصنع القاعدة القانونية ، وما يسميه البعض بالمصدر الموضوعي هو المادة الأولية التي تستخدم في صناعتها – انظر النظرية العامة للقانون ١٩٦٤ ص٢٦٥)

أولاً : التشريع كمصدر من مصادر القانون : التشريع كمصدر من مصادر القانون هو وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الأفراد في المجتمع بواسطة السلطة المختصة ، طبقا للإجراءات المقررة لذلك ، فالتشريع إذن يضع قاعدة قانونية ، قاعدة عامة مجردة تحكم سلوك الأفراد ، ولهذا فإنه يلزم أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية ، وقد يراد بلفظ التشريع معنى آخر إذ قد يراد به القاعدة القانونية أو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أمرا من الأمور ، فيقال مثلا تشريع الضرائب والتشريع العمالي ، والتشريع هو المصدر الرسمي الأصلي في مصر وفي معظم قوانين الدول الحديثة ، مع أنه لم يكن كذلك فيما مضى ، إذ كان العرف هو الذي يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون الأخرى ، ويرجع السر في ذلك إلى أن أوده النشاط في الدولة الحديثة كثرت وتشعبت ، كما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد بصورة أصبحت تتطلب كثرة القواعد التي تحكمها ، بحيث لم يعد العرف – وهو مصدر بطئ – يكفي لكى يساير ما طرأ في الحياة الاجتماعية ، فكان من اللازم الالتجاء الى مصدر سريع يمكن من تنظيم تلك الروابط تنظيما دقيقا ، هذا المصدر هو التشريع ، وإذا كان التشريع يعد المصدر الأصلي بالنسبة للمصادر الأخرى ، فمعنى ذلك أنه يتعين على القاضي أن يلجأ إليه أولاً لحل ما يعرض أمامه من منازعات . فإذا وجد حكما لما عرض أمامه امتنع عليه أن يلجأ الى المصادر الأخرى أى أنه لا يلجأ الى المصادر إذا لم يجد نصا في المصدر الأصلي وهو التشريع ، ولكن ينبغي في هذه الحالة ألا يوجد نص أصلا يحكم النزاع ، فإذا وجد نص تشريعي لكنه كان غامضا أو مبهما فلا يجوز للقاضي أن يبحث في المصادر الأخرى ، وإنما يتعين عليه البحث عن المعنى الذي يقصده النص ، ولا ينتقل الى المصادر الأخرى إلا إذا وجد بعد البحث أن النص لا ينطبق في لفظه أو في فحواه على الحالة المعروضة عليه ، فلا يكفي إذن غموض النص أو عدم وضوحه حتى يقال أنه لا يوجد مصدر تشريعي ، والمصدر التشريعي في الوقت الحاضر هو المصدر الغالب كما قدمنا ، ويكاد يحكم كل العلاقات والروابط الاجتماعية ، ولم يعد للمصادر الأخرى دور هام ، اللهم إلا في الحالات النادرة القليلة التي لا يوجد فيها نص تشريعي ، والواقع أن المكانة التي يحتلها التشريع بين المصادر الأخرى واتساع نطاقه في الوقت الحاضر إنما يرجع الى ما لهذا المصدر من مزايا . (الدكتور توفيق فرج – المدخل للعلوم القانونية ص٢٠٣ وما بعدها – وانظر عبد الوجود يحيى – مرجع سابق بند ٧ – والدكتور سمير تناغو – مرجع سابق)

- **المقصـــود بالقانون المدني :** يتضـــمن القانون المدني مجموع المبادئ والقواعد المنظمة لعلاقات الأفراد بعضهم ببعض ، سواء ما كان من أحوالهم الشخصية ، التي تشمل علاقات الأسرة وما يتصل بها من المواريث ، أو ما كان من العلاقات المالية الخاصـــة . بعبارة أخرى ، إن القانون المدني هو صـــاحب الولاية العامة في تنظيم الروابط القانونية المالية الخاصـــة ، كما أنه يتضـــمن أيضـا القواعد المنظمة لروابط الأحوال الشخصية ، اللهم إلا أنه في مصر جرى المشرع ، سيرا على التقاليد الراسخة في البلاد ، على إسناد تنظيم روابط الأحوال الشخصية والأوقاف الى الشرائع الدينية المعترف بها في مصر ، مع مراعاة أن تكون الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية ليس فقط بين المسلمين ، بل وبيم مختلفي الديانة أو الملة أو الطائفة . كذلك فإن المشـــرع المصـــري أصـــدر عددا من القوانين التي نظمت بعض مسائل الأحوال الشخصية تنظيما موحدا بين جميع المصريين ، بصرف النظر عن الدين الذي ينتمي إليه الشخص ، وقد راعى المشرع أن يستلهم أحكام الشريعة الإسلامية ، في تنظيمه الموحد لبعض مســائل الأحوال الشــخصــية ، وأن يحيل الى ارجح القوال في المذهب الحنفي ، فيما لم ينظمه من هذه المســائل ، وهو ما يبدو بوضــوح في قانون المواريث وقانون الوصــية وقانون الولاية على المال ، وتطبيقا لذلك ، فإن المشرع المصري ينص على صدور الأحكام ، في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، طبقا لقوانين الأحوال الشــخصــية والوقف المعمول بها ، ويعمل ، فيما لم يرد بشــأنه نص في تلك القوانين ، بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة . هذا هو المبدأ الحاكم لمسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين الخاضعين للقانون المصري، لم يستثن منه المشرع إلا صدور الأحكام، في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، بين المصريين غير المسلمين ، المتحدي الطائفة والملة ، الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة ، حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ – طبقا لشريعتهم – فيما لا يخالف النظام العام . (انظر المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التضامن في مسائل الأحوال الشخصية) أما العلاقات المالية الخاصة ، فيعتبر القانون المدني صاحب الولاية العامة في تنظيمها ، فيما عدا ما تضـــمنه فرع آخر من فروع القانون الخاص من قواعد خاصـــة بأنواع معينة من العلاقات ، ظهرت الحاجة في بعض نواحيها الى قواعد خاصة بها تختلف عن قواعد القانون المدني ، مع

تطبيق القانون المدني في شأنها في كل ما لا توجد بشأنه قاعدة خاصة ، ولا يقتصر المقصود بمصطلح القانون المدني على ما هو وارد من قواعد في صلب التقنين المدني ، بل هو يشمل أيضا ما يكون من قواعد القانون المدني مصدره العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، لأن القانون المدني لا يجد مصدره فقط في التشريع ن بل لقواعده مصادر أخرى غير تشريعية . هنا ، ومن ناحية أخرى ، فإنه ليس من الضروري أن ترد جميع قواعد أى فرع من فروع القانون في التقنين الذي يحمل اسمه ، كالتقنين المدني بالنسبة للقانون المدني ، إذ قد ترد بعض قواعده في تشريعات مكملة للتقنين ، وهذا هو شأن التقنين المدني في خصوص ما يكمل نصوصه من نصوص واردة في القانون المنظم للشهر العقاري أو في قانون الإثبات ، والتقنين المدني الذي وردت فيه معظم النصوص التشريعية المدنية في مصر صدر في ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ وبدأ العمل به منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، وأهم الموضوعات التي ينظمها التقنين المدني هى الحقوق المالية ، سواء منها ما كان من قبيل الحقوق العينية كحق الملكية وحق الانتفاع ... أو كحق الرهن وحقوق الامتياز ... أو ما كان منها من قبيل الحقوق الشخصية التي يكون دائنا بها شخص إزاء مدين ملتزم بها ، ولذا سميت بالالتزامات التي تجد مصادرها في العقود والأعمال الضارة والأعمال النافعة بل وفي وقائع خاصة تضفي عليها بعض النصوص القانونية صلاحية أن تكون مصادر للالتزام . (انظر الدكتور عصام أنور سليم ص٥٧ وما بعدها – والدكتور إسماعيل غانم – مرجع سابق – سليمان مرقص – مرجع سابق)

- **ويقصد بالقانون بصفة عامة أى تشريع سواء كان صادراً من السلطة التنفيذية أو من السلطة التشريعية ، وفي عبارة محكمة النقض قضت بأن** " إذا كان المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أنه من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل في هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها ، وهو ما يطلق عليه اللائحة أو القرار ، فإنه لا تسري أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا

لقوانين ذات أثر رجعي " (الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٧) وبأنه " قانون ربط الميزانية لا يعتبر قانونا إلا من الناحية الشكلية فحسب أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذي إداري " (نقض ١٩٦٠/٤/٣٠ طعن ٨٤س ٢٤ق) وبأنه " إذ كان المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أنه من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل في هذا المجال أى تشرع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية و من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها ، وهو ما يطلق عليه اللائحة أو القرار ، فإنه لا تسري أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعي .

لما كان ما تقدم ، وكان القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين والمعمول به اعتبارا من ١٩٦٩/٨/١٨ نظم في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٦ منه حالات تأجير الأماكن المفروشة بالنسبة للمالك والمستأجر ، وأجازت الفقرة الثالثة منها استثناء لوزير الإسكان بقرار يصدره بعد أخذ رأى الوزير المختص وضع القواعد المنظمة لتأجير وحدات سكنية مفروشة لأغراض السياحة وغيرها من الأغراض ، ثم صدر القرار الوزاري رقم ٣٣٣ لسنة ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٥/٣١ الذي لم ينفذ وحل محله القراران الوزاريان رقما ٤٨٦ ، ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٨/١٧ نفاذا لهذه الفقرة ، فإن هذين القرارين الوزاريين لا يطبقان إلا على العقود التي تبرم في ظلهما بعد صدورهما أو على العقود التي تكون سارية فعلا عند العمل بهما طبقا للأثر المباشر للتشريع .

لما كان ما سلف ، وكان واقع الدعوى على ما يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول أجر شقة النزاع مفروشة من باطنه بغير إذن من المالك الى المطعون عليهم الأخيرين اعتبارا من أول يوليو ١٩٧٠ واستمرت الإجارة بعد ذلك التاريخ ، وحتى آخر أغسطس ١٩٧٠ فإن واقعة التأجير من الباطن تخضع لأحكام ذلك القرار عملا بالأثر المباشر له " (الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٧) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل فيه أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية وسواء أصدرتها الأخيرة على سند من

تفويضها من السلطة التشريعية طبقا للمادة ١٠٨ من الدستور أو استنادا الى المادة ١٤٤ منه والتي نصت في عجزها على أنه " ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه " (١٩٨٧/١١/٢٩ طعن ١٢٢٧ لسنة ٥٤ق) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٦ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، أنه استثناء من حكم الفقرتين الأولى والثانية من نفس المادة أجاز المشرع التأجير مفروشا لأغراض استهدفها وبين على سبيل الحصر في القرارين الوزاريين الصادرين نفاذا لها - ٤٨٦ ، ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ - الأحوال التي يجوز فيها التأجير لأشخاص معينين كما حدد المناطق التي أباحه فيها بالنظر لاعتبارات متعلقة بكل مسألة على حدتها ، وحق المستأجر في التأجير المفروش وفقا لهذا الحكم مستمد من القانون مباشرة دون أن يكون متوقفا على إذن المالك ، ولئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل في هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها ، وكان نطاق تطبيق القرارين الوزاريين رقمى ٤٨٦ ، ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ الصادرين نفاذا للفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في ١٩٧٠/١٠/١٧ كما يسري على عقود الإيجار المبرمة في ظلهما بعد صدورهما يسري أيضا على تلك التي تكون نافذة عند العمل بها طبقا للأثر المباشر للتشريع " (١٩٧٨/١١/٢٩ طعن ١٥ لسنة ٤٦ق) وبأنه " إذ كان المقرر طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أن من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين وكان المراد بالقانون في القاعدة الواردة في الدساتير المتعاقبة والقاضية بأن أحكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ما لم ينص على خلاف ذلك هو القانون بمعناه الأعم فيدخل في هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية وهو ما يطلق عليه لفظ القانون بالمعنى الضيق أم كان تشريعا صادرا من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها لتقرير القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها أو استحداث ما من شأنه مخالفة غرض الشارع وهو ما يطلق عليه لائحة أو قرار ، فإنه لا تسري أحكام هذه القرارات الوزارية

وتلك اللوائح التنفيذية إلا على ما يقع من تاريخ صـــدورها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعي " (١٩٧٦/٦/٢ طعن ٣٣ سنة ٤٣ق)

- **الشـروط والقيود المفروضـة من السـلطة التنفيذية تأخذ حكم لقانون ، وفي عبارة محكمة النقض قضـــت بأن** " إذكانت المادة ٧٢ من القانون رقم ٤٩ لســـنة ١٩٧٧ تنص على أنه " تملك المساكن الشعبية والاقتصادية التي أقامتها المحافظات وتم تشغيليها قبل تاريخ العمل بهذا القانون نظير أجرة تقل عن – الأجرة المخفضة لمدة خمس عشرة سنة ، وذلك وفقا للقواعد والشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من رئيس الوزراء ، وكان القرار رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ الذي أصدره رئيس مجلس الوزاري تنفيذا لهذا النص قد نظم تلك القواعد والشـروط والأوضـاع التي أولاه المشـرع سـلطة إصـدارها والتي يقتضـيها تنفيذ هذا النص وتقتضـيها طبيعة هذه المسـاكن وظروف إنشـائها وتملكها والحكمة من تملكها لمســتأجريها يجعل الملكية لا تمتد الى الأرض المقامة عليها وأن يكون التصـــرف فيها بالبيع أو التنازل بموافقة المحافظ المختص مما يعتبر معه هذه الشروط والقيود مفروضة بالقانون بمعناه العام ويلزم أعمالها " (١٩٩٤/١/٢٦ طعن ٢٣٣٦ لسنة ٥٦ق)

- **المقصـود بالمبادئ العامة للقانون :** المقصـود بالمبادئ العامة للقانون ، هو الذي يذهب الى الربط بين هذه المبادئ وبين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين ، فالمبادئ العامة للقانون هى الأفكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود ، أو عن التصور العام للكون والحياة ، في مجتمع معين ، والتي تؤدي الى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص – قرارا إداريا فرديا وقد صدر بتاريخ ١٩٦١/١٠/٢٥ ونص في مادته الثالثة على أن ينشر في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه – على ما ثبت من كتاب الهيئة العامة للمطابع الأميرية – أن عدد الجريدة الرسمية الذي نشـر به الأمر سـالف الذكر قد طبع في ١٩٦٢/١/٨ ولم يوزع إلا في ١٩٦٢/١/٢٢ فإن هـذا الأمر لا يعتبر نـافـذا في مواجهـة الأفراد إلا من تاريخ نشـره في الجريدة الرسـمية ، وهى وسـيلة العلم التي نص عليها الأمر المذكور دون الاعتداد بما ورد فيه

من العمل به من تاريخ صـدوره هذا الى أن الأمر المشـار إليه نص على ان يسـري في شـأن الخاضـعين لأحكام الأمر العسكري رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ وقد أحال الأمر الأخير بدوره الى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ ، وقد حظرت المادة الخامسـة من هذا الأمر إبرام عقود أو تصـرفات أو عمليات تجارية أو مالية من أى نوع مع أحد الأشخاص الخاضعين لأحكامه ونصت المادة ٢٠ من الأمر المذكور على أن تسري أحكامه على كل شخص ليس من الأشخاص الخاضعين لأحكامه وإنما يباشر معاملات مع أحدهم وفي خصوص هذه المعاملات ، كما نصـــت المادة الثانية منه على أن يعتبر باطلا بحكم القانون كل عقد أو تصـــرف أو عمل تم أو جاء مخالفا لأحكام هذا الأمر ما لم يرخص فيه وزير المالية والاقتصـاد أو المدير العام لإدارة الأموال التي آلت الى الدولة ، ونصـــت المادة ٢٣ على عقاب كل من خالف أحكام هذا الأمر أو شـــرع في مخالفتها بالحبس وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وإذ كان مقتضى القول بسريان القرار رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نشره ، أن تسري الأحكام السالف بيانها بأثر رجعي على الأشخاص الذين فرضت عليهم الحراسـة والمتعاملين معهم وفي خصـوص هذه المعاملات فتبطل بأثر رجعي تصـرفاتهم التي أبرمت قبل نشر القرار المذكور ، مع أنه لا يجوز تقرير الأثر الرجعي في هذا الشأن إلا بقانون ، كما يعاقبون من أجل هذه التصرفات مع أن الدستور لا يجيز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون في مسائل العقوبات . لما كان ذلك ، وكان الإقرار المؤرخ ١٩٦١/١١/٢٠ – المتضـــمن مديونية المطعون عليه الثاني – الذي فرضـــت عليه الحراسة بمقتضى الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ للمطعون عليه الأول قد صدر قبل نشر الأمر المذكور ، فإنه يكون بمنأى عن البطلان وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة الإقرار سالف الذكر فإنه لا يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٤٣ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

- **ولا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع إلغاء أو تعديل قاعدة صادرة من سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة ، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن** " ومن حيث إن السلطة العامة – إذ وضعت قاعدة تنظيمية – فإنه يكون من حقها أن تلغيها أو تعدلها حسبما يقتضيه الصالح العام ، كما أنها تملك تفسـيرها لإجلاء ما بها من غموض أو إزالة ما فيها من تناقض ، ولكن لا يجوز لســلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل قاعدة صادرة من سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة

، كما أنها لا تملك تفسيرها إلا بتفويض خاص بالتفسير من السلطة التي أصدرتها ، فإن هى فعلت شيئا من ذلك كان عملها باطلا لخروجه من مدار اختصاصها ، وإعمالا لهذه الأصول تكون وزارة المالية – إذ قررت في كتابها رقم ٩٤/١/١٨ المؤرخ ١٨ من يناير سنة ١٩٤٥ الموافقة على صرف الإعانة الاجتماعية للمستخدمين الذين يشغلون درجات خصوصية خارجة عن الهيئة توازي الدرجة التاسعة في مربوطها أو تزيد عليه – قد وقع قرارها باطلا ن سواء اعتبر أنه معدل لقرارات مجلس الوزراء الصادرة في شأن الإعانة الاجتماعية ، أو مفسر لقواعدها ، ذلك لأن وزارة المالية سلطة أدنى في التشريع من مجلس الوزراء ، ولا يجوز لهذه السلطة الأدنى أن تعدل قاعدة وضعتها تلك السلطة الأعلى ، ولا أن تفسرها ، لعدم تفوضها بذلك بنص صريح منها ، هذا فضلا عن أنه لا يجوز تطبيق القاعدة التنظيمية بطريق القياس في الحالات التي يترتب عليها تحميل الخزانة العامة بأعباء مالية ، ومن ثم فلا يجوز قياس الدرجات الخارجة عن الهيئة على الدرجات التاسعة الداخلة في الهيئة لإنزال حكم الثانية على الأولى إلا بنص صريح من السلطة المختصة قانونا حسبما سلف البيان " (الطعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤ق جلسة ١٩٥٩/٤/٤)

- **وتخضع الدولة بكامل سيادتها شأنها شأن الأفراد لمبدأ سيادة القانون ، وفي عبارة محكمة النقض** " مؤدى نصوص المواد ٥٧ ، ٦٢ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٨ من الدستور أن الدولة بجميع سلطاتها تخضع للقانون شأنها شأن الإقرار فلا سيادة لأحد فوق القانون وأن لكل مواطن الحق في التقاضي وفي أن يلجأ الى قاضيه الطبيعي مطالبا بحقه فيصدر القاضي حكمه وفقا للقانون وإلا اعتبر منكرا للعدالة ومرتكبا لجريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية عنها بالتقادم " (١٩٨٣/٢/٢٧ طعن ٥٣٨ لسنة ٤٦ق)

ومن هنا جاء انطباق قانون الدولة في حدود الإقليم على كل من يتواجد فيه من أشخاص ، أيا كانت جنسياتهم وعلى جميع الوقائع التي تحدث فيه كلها أو بعضها وفي نفس الوقت فإن القانون الوطني لا ينطبق خارج حدود الإقليم ولو على المواطنين الموجودين بالخارج .

- **مزايا التشريع :** للتشريع عدم مزايا أولها أنه يدون كتابة فيصاغ مضمون القاعدة القانونية صياغة محكمة يقوم بها أناس متخصصون ، وتأتي القاعدة بذلك محدودة واضحة لا تثير معرفتها أو الوقوف عليها أية

منازعات ، مما يجعل الأفراد يعرفون ، على هديها ، ما لهم وما عليهم ، فيســود الأمن في الجماعة وتستقر المعاملات ، وهذا ما لا يتأتى بالنسبة للمصادر الأخرى كالعرف ، فالعرق مصدر غير واضح ، إذ أنه فكرة تســتقر في الأذهان يجرى تعامل الأفراد عليها دون أن تدون كتابة كالتشــريع ، فهو قانون غير مسطور (non ècrìt) ويترتب على هذا صعوبة التحقق من وجوده فلا يعرف ما إذا كان هناك عرف أم لا ، ولها يثور النزاع حول قيامه وحول تكوينه ، كما يثور أيضا بالنسبة لتحديد مضمونه ، مما يؤدي إلى الاضطراب وعدم الاستقرار في المعاملات ، وثانيها يؤدي إلى تحقيق وحدة القانون في الدولة ، لأنه يطبق بالنسبة للجميع ، وهذا بخلاف العرف ، فإنه قد ينشأ خاصا بجزء من أجزاء الدولة ، بل أنه قد ينشأ بين أفراد طائفة معينة ، وهذا يؤدي إلى تعقيد المعاملات ، كما يفقد الدولة عنصرا من أقوى عناصر الاتحاد ، وهو وحده القانون فيها ، وثالثها أنه مصدر سريع للقانون يستغرق عمله وقتا قصيرا ، وبالتالي يمكنه أن يستجيب بسرعة لضرورات المجتمع من حيث إنشاء قواعد جديدة أو تعديل قائمة ، وهو في هذا يختلف عن العرف الذي يعد مصدرا بطيئا لا ينشئ القواعد إلا بالتدريج . (انظر تفصيل ذلك الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، وانظر فيه أيضا الانتقادات التي وجهت للتشريع ، وانظر سمير تناغو ، مرجع سابق ، عبد الودود يحيى ، مرجع سابق)

- **أنواع التشريع وتدرجه :** ليست التشريعات كلها من نوع واحد ، ولكن يوجد هناك أنواع ثلاثة تندرج من حيث قوتها فيوجد في القمة التشريع الأساسي وهو الدستور ، ويليه في المرتبة التشريع العادي أو الرئيسي ، ثم يأتي في النهاية التشريع الفرعي . ١- التشريع الأساسي : وهو (الدستور) ويعرف بأنه مجموعة الأساسية التي تبين شكل الدولة ، فيبين نظام الحكم وتوزيع السلطات والهيئات التي تتولى هذه السلطات وعلاقة كل من هذه السلطات بالأخرى ، كما يبين حقوق الفرد في الدولة ٢- التشريع العادي أو الرئيسي : وهو الذي تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور ، ويشمل جميع القوانين العادية التي لا تتعلق بالنظام الأساسي للدولة ، وقد جرت العادة على أن يطلق على التشريع لفظ قانون (loi) بالمعنى الضيق لهذه الكلمة ، أى باعتباره وثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية ، مثل قانون الإصلاح الزراعي وقانون المحاماة مثلا ، ويراد بذلك التشريعات التي تحكم تلك المسائل . ٣-

أما التشريع الفرعي فهو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية في الأحوال الاستثنائية التي تقوم فيها بوظيفة التشريع طبقا للاختصاص الذي يخوله لها الدستور ، وإذا كان الأصل أن السلطة التنفيذية لا تشرع أى لا تضع القواعد التشريعية ، بل أن مهمتها تنحصر أساسا في تنفيذ القانون ، إلا أنه يعطى لها في بعض الحالات الاستثنائية سلطة التشريع ، وهى بهذه الصفة لا تحل محل السلطة التشريعية الأصلية ، ولكنه تختص اختصاصا أصليا لا مؤقتا في تلك الحالات الاستثنائية التي تمارسها حتى مع وجود السلطة التشريعية الأصلية ، ولهذا تسمى السلطة التنفيذية في مثل هذه الحالات بالسلطة التشريعية الفرعية ، تمييزا لها عن السلطة التشريعية الأصلية ، كما يطلق على التشريع الذي سنته السلطة التنفيذية التشريع الفرعي ، ويشمل التشريع اللوائح والقرارات وهى تصدر بقصد تنظيم تفاصيل تطبيق التشريع العادي وترتيب المصالح العامة ، ويتبين لنا مما تقدم أن التشريع على درجات ثلاث تندرج في قوتها بحسب الترتيب السابق ، ويترتب على هذا التدرج أمر هام هو أنه لا يجوز للتشريع الأدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه ، ومعنى هذا أنه لا يجوز التشريع الفرعي أن يخالف التشريع العادي ولا يجوز لهذا الأخير أن يخالف التشريع الأساسي ، ولا يوجد ما يمنع من أن يخالف التشريع الأساسي (الدستور) كان من التشريع العادي والتشريع الفرعي . (انظر فيما سبق الدكتور سمير تناغو ، مرجع سابق ، والدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، سليمات مرقص ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون ، فإذا كان القرار الإداري رقم ٥١ لسنة ١٩٤٧ الذي نص على قيام المصارف بإجراء التحويلات دون الرجوع إلى اللجنة العليا لمراقبة النقد قد خول اللجنة العليا سلطة وضع وإصدار التعليمات التي يقتضيها حسن سير الأعمال فيما يتعلق بعمليات النقد الأجنبي وكان قرار اللجنة العليا بوجوب رجوع المصارف إلى مراقبة النقد في حالة فتح اعتمادات أو إجراء مدفوعات بالدولارات الأمريكية أو بالإسترليني ، ليس من قبيل القواعد اللازمة لضمان حسن سير الأعمال فإن قرارى اللجنة العليا ومراقبة النقد بإيجاب رجوع المصارف إلى مراقبة النقد في هذه الحالة يكونان مشوبين بعيب عدم الاختصاص " (١٩٦٢/٥/٣١ طعن

٤٧٦ سنة ٢٦ق) وبأنه " إذ كانت تأشيرات الدخول الممنوحة تتضمن الترخيص له بالإقامة لفترة معينة ، فإذا أراد البقاء لفترة أطول فإنه يتعين في هذه الحالة الحصـــول على ترخيص بذلك من وزارة الداخلية ، وفي هذا المعنى تنص المادة ١٦ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠ على أنه " يجب على كل أجنبي أن يكون حاصلا على ترخيص في الإقامة ، وعليه أن يغادر أراضـي الجمهورية عند انتهاء مدة إقامته ما لم يكن قد حصـل قبل ذلك على ترخيص من وزارة الداخلية في مد إقامته " ، وإذ كانت المادة ٢١ من القانون المشار إليه قد خولت وزير الداخلية بقرار يصـدره الإجراءات الخاصـة بالترخيص في الإقامة وتجديدها وميعاد طلبها ، وتنفيذا لهذا النص نصت المادة الثانية من قرار وزير الداخلية رقم ٢١ لسـنة ١٩٦١ أنه على الأجنبي الذي يرغب في مد إقامته في أراضـي الجمهورية بعد المدة المرخص له فيها ، أن يقدم طلبا بذلك مشـفوعا بالمسـتندات المبررة له ، ويكون تقديم الطلب قبل انتهاء المدة المرخص له فيها بخمسة عشر يوما على الأقل ما لم تكن هذه المدة أقل من شـهر واحد فيكون تقديم الطلب قبل انتهائها بثلاثة ايام على القل ، وكان من المقرر أنه لا يجوز لسـلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل نصا تشريعيا وضعته سلطة أعلى أو أن تضيف إليه أحكاما جديدة فإن القرار الصادر من مدير مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية بإمكان تقديم الأجنبي طلب ترخيص في الإقامة وتجديدها خلال مدة أقصاها خمسة عشرة يوما من تاريخ انتهاء الإقامة السابقة لا يمكن أن يرقى إلى حد تقرير قواعد تنظيمية عامة مجردة يكون من مقتضاها نسخ القواعد المقررة أصلا في القانون أو تعديلها أو تعطيلها أو استحداث ما من شأنه مخالفة غرض الشارع الذي أوجب صراحة أن يكون طلب التجديد سابقا على تاريخ انتهاء الإقامة فإن ذلك القرار لا يترتب عليه أثره ولو كان بناء على تفويض من وزير الداخلية فإذا جدد ترخيص الإقامة بعد انقضاء مدته فإنه يعتبر ترخيصا جديدا وليس تجديدا للترخيص السابق ولا ينفي انتهاء وانقضاء مدة الإقامة الأولى " (الطعن رقم ٢٩١١ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/٦/٢٤)

- **القانون الضـريبي يأتي في منزلة أدنى من الدسـتور ، فقد قضـت محكمة النقض بأن** " ما ذهبت إليه المصـلحة الطاعنة من أن قوانين الضـرائب لا تقيدها في سـبيل ربط الضـريبة والحصـول على حقوق الخزانة العامة بمشروعية الدليل فهو قول لا سند له من القانون ويتعارض مع نصوص الدستور إذ لا يتصـور أن تستباح حريات الأفراد في سبيل الحصول على موارد الدولة من الضرائب بينما كفل الدستور

هذه الحريات عند استعمال الدولة لحقها في العقاب فلم يطلق يدها في المساس بحريات الأفراد وإنما وضع القيود والإجراءات ما يكفل صيانتها والقول بعير ذلك يجعل القانون الضريبي في منزلة أعلى من الدستور وهو أمر غير مقبول " (الطعن رقم ١٥٩٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٥)

- **قرار المحافظ يأتي في مرتبة أدنى من قانون الصرف والرى رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١، وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذ كان قرار المحافظ يقضي بإلقاء مياه بيارات المطاعم والمقاهي والمياه المختلفة عن الرشح والأمطار وانفجار المواسير بما تحتويه من مخلفات في المصرف موضوع النزاع ، وكان هذا القرار مخالفا لما نصت عليه المادة ٦٩ من قانون الصرف والرى رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ من حظر القيام بإلقاء جثة حيوان أو أية مادة أخرى مضرة بالصحة أو ذات رائحة كريهة في أى مجرى معد للرى أو الصرف ، ولما قضت به المادة ٧٥ من ذات القانون من معاقبة من يخالف ذلك بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على ثلاثين جنيها ، فإنه بذلك يكون قد صدر من شخص لا سلطة له إطلاقا في إصداره ومشوبا بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده من صفته الإدارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ، ويكون من حق القضاء العادي أن يتدخل لحماية مصالح الأفراد مما قد يترتب عليه ن ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الطاعن بصفته بالامتناع عن استعمال المصرف موضوع النزاع مقلبا ومستودعا للمواد البرازية وبعدم إلقاء القاذورات ومياه الكسح به لم يخالف أحكام الاختصاص الولائي أو مبدأ الفصل بين السلطات " (الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٢/١٦)

- **الدستور :** في حديثنا عن الدستور يجب أن نفرق بين وضع دستور كامل للدولة سواء كان عن طريق وضع دستور جديد أو تغيير دستورها القديم وبين القيام بتعديل بعض أحكام دستور قائم فبالنسبة لوضع دستور كامل يختلف الأمر في هذه الحالة باختلاف الظروف التي يوضع فيها ، فقد يصدر كمنحة من صاحب السلطان في الدولة ن وقد يصدر نتيجة اتفاق بين الشعب والحاكم ، وقد يصدر عن طريق جمعية نيابية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض ، وقد يقوم الشعب نفسه بسنه عن طريق الاستفتاء ، ولا شك في أن صدور الدستور كمنحة ، من الحاكم ، وعن طريق الاتفاق معه ، لا تتفق مع الدول التي بلغت قدرا من النضوج السياسي ، ذلك أنه إذا بلغت الأمة هذا القدر من النضوج فلا يمكن أن تقبل مثل تلك

الأوضاع . أما الصورتان الأخيرتان في وضع الدساتير ، أى وضعها عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب أو عن طريق الاستفتاء ، فإنهما تقومان على احترام المبدأ الديمقراطي وأن الشعب هو مصدر السلطات ، وقد سبق لنا بيان الطرق التي اتبعت في وضع الدساتير في مصر ، وأن الدستور الدائن لجمهورية مصر (١٩٧٠) قد وضع على أساس الاستفتاء الشعبي . أما بالنسبة لحالة التغيير في دستور قائم ففي هذه الحالة يتعين مراعاة الطريق الذي رسمه الدستور نفسه لذلك ، وتختلف الدساتير في هذا الصدد . فبالنسبة الدساتير المرنة كالدستور الإنجليزي ، يكتفي في إمكان تعديلها أن يتم عن طريق التشريع العادي الذي تصدره السلطة التشريعية ، كما هو الشأن بالنسبة لتعديل القوانين العادية ، وبالنسبة للدساتير الجادة ، يتطلب لتعديلها اتباع إجراءات وشروط معينة غير التي تتبع بالنسبة التشريعات العادية ، ومن هذا النوع الأخير الدستور المصري ، إذ تتطلب شروط وإجراءات كعينة يجب اتباعها لإمكان التعديل ، وهذه الإجراءات وتلك الشروط أكثر تعقيدا مما يتبع في حالة تعديل القوانين العادية . (الدكتور محسن خليل ، النظم السياسية والدستور ص٥٣١ وما بعدها)

- **وللدستور الصدارة على كافة التشريعات ، فقد قضت المحكمة الجنائية بأن** " ومن حيث إن التشريع يتدرج درجات ثلاثة هى الدستور ثم التشريع العادي ثم التشريع الفرعي أو اللائحة ، وهذا التدرج في القوة ينبغي أن يسلم منطقا الى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ولا خلاف على حق المحاكم في الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتمام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه ، فإن لم يتوافر هذا الشكل تعين على المحاكمة امتناع عن تطبيقه . أما من حيث رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع ، فقد جاء اللبس حول سلطة المحاكمة في الامتناع عن تطبيق التشريع أدنى مخالف لتشريع أعلى إزاء ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور القائم بقولها تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون ، ولا جدال أنه على ضوء النص الدستوري سالف البيان فإن اختصاص المحكمة الدستورية العليا المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو

إلى دستوريته لا يشاركها فيه سواها ن وحجية الحكم في هذه الحالة مطلقة تسري في مواجهة الكافة ، على أنه في ذات الوقت للقضاء العادي التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى ، فإن ثبت له هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغائه أو القضاء بعدم دستوريته وحجية الحكم في هذه الحالة نسبية قاصرة على أطراف النزاع دون غيرهم ، ويستند هذا الاتجاه الى أن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء ، غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معا لتعارض أحكامهما ، فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون إعمالا لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى كما يؤيد هذا النظر ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بأنه لا شأن للرقابة الدستورية بالتناقض بين قاعدتين قانونيين من مرتبة واحدة أو مرتبتين مختلفتين ، كما لا يمتد اختصاص المحكمة لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين ولا بين التشريع ذات المرتبة الواحدة ، وإن هذا القول مجرد امتداد لما انعقد عليه الإجماع من حق المحاكم في رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها وما جرى عليه قضاء محكمة النقض من الامتناع عن تطبيق اللائحة المخالفة للقانون بينما يختص القضاء الإداري بإلغاء هذه اللائحة ، ومن غير المقبول أن يقرر هذا الحق للقضاء العادي بينما يمنع من رقابة مدى اتفاق القوانين مع قواعد الدستور وعدم مخالفتها له ، فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا إلا نتيجتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ، وليس من المناطق – بل يكون من المتناقض – التسليم بإحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعي من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغي أن ينسحب كذلك على التشريع العادي بتخويل المحاكم حق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، فضلا عن أن تخويل المحاكم هذا الحق يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات ، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانونا تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها في تطبيق القواعد القانونية والتي على رأسها قواعد الدستور ، ويؤكد هذا النظر أيضا أن الدستور في المادة ١٧٥ منه أناط بالمحكمة الدستورية العليا حق تفسير النصوص التشريعية وأوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار

قانون المحكمة الدستورية العليا حق جهات القضاء الأخرى في هذا الاختصاص بقولها "كما أن هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعا في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا " ، فرغم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم للكافة فإن المشرع لم يسلب هذا الحق من المحاكم مادام لم يصدر قرار بالتفسير من المحكمة الدستورية العليا أو من السلطة التشريعية وهو ذات الشأن بالنسبة لامتناع المحاكم عن تطبيق القانون المخالف للدستور مادام لم يصدر من المحكمة الدستورية العليا حكم بدستورية النص القانوني أو عدم دستوريته . لما كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة – محكمة النقض – قد جرى على أنه لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة على ما دونه من تشريعات يجب أن تنزل على أحكامه فإذا تعارضت هذه مع تلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها يستوي في ذلك أن يكون التعارض سابقا أم لاحقا على العمل بالدستور . لما هو مقرر من أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل أو تخالف تشريعا صادرا من سلطة أعلى فإذا فعلت السلطة الأدنى ذلك تعين على المحكمة أن تلتزم تطبيق التشريع صاحب السمو والصدارة ألا وهو الدستور وإهدار ما عداه من أحكام متعارضة معه أو مخالفة له إذ تعتبر منسوخة بقوة الدستور ذاته ، هذا وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه بطريق غير مباشر وذلك عندما قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٤ من مارس سنة ١٩٧٥ باعتبار المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية تخالف نص المادة ٤٤ من الدستور واعتبرتها منسوخة بقوة الدستور ثم جاءت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٨٤ وقضت بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية في القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية ، ولم تذهب المحكمة الدستورية العليا إلى القول بأن قضاء محكمة النقض السابق جاوز اختصاصه أو فيه اعتداء على سلطة المحكمة العليا التي كانت قائمة قبل المحكمة الدستورية العليا وبذات الاختصاص ، كما صدر بتاريخ ١٥ من سبتمبر سنة ١٩٩٣ حكم آخر لمحكمة النقض باعتبار المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخة بقوة الدستور لمخالفتها المادة ٤١ منه ولم يصدر حكم للمحكمة الدستورية العليا بعد في هذا الشأن ،

وخلاصة ما سلف إيراده أنه في الأحوال التي يرى فيها القضاء العادي أن القانون قد نسخه الدستور بنص صريح ، لا يعتبر حكمه فاصلا في مسألة دستورية ، ولا يجوز هذا الحكم بذلك سوى حجة نسبية في مواجهة الخصوم دون الكافة . لما كان ما تقدم ، وكان قضاء محكمة النقض قد جرى أيضا على أن الشرعية الإجرائية سواء ما اتصل منها بحيدة المحقق أو بكفالة الحرية الشخصية والكرامة البشرية للمتهم ومراعاة حقوق الدفاع ، أو ما اتصل بوجوب التزام الحكم بالإدانة بمبدأ مشروعية الدليل وعدم مناهضته لأصل دستوري مقرر ، جميعها ثوابت قانونية أعلاها الدستور والقانون وحرص على حمايتها القضاء ليس فقط لمصلحة خاصة بالمتهم وإنما بحسبانها في المقام الأول تستهدف مصلحة عامة تتمثل في حماية قرينة البراءة وتوفير اطمئنان الناس إلى عدالة القضاء ، فالغلبة الشرعية الإجرائية ولو أدى إعمالها لإفلات مجرم من العقاب وذلك لاعتبارات أسمى تغياها الدستور والقانون . لما كان ذلك ، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى أيضا على أن افتراض براءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان عليها أصلان كفلهما الدستور بالمادتين ٤١ ، ٦٧ فلا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تقيمها النيابة العامة وتبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إلى المتهم في كل ركن من أركانها وبالنسبة لكل واقعة ضرورية لقيامها وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة إذ هو من الركائز التي يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة ، وهذا القضاء تمشيا مع ما نصت عليه المادة ٦٧ من الدستور من أن " المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه " ، ومفاد هذا النص الدستوري أن الأصل في المتهم البراءة وأن إثبات التهمة قبله يقع على عاتق النيابة العامة فعليها وحدها عبء تقديم الدليل ، ولا يلزم المتهم بتقديم أى دليل على براءته ، كما لا يملك المشرع أن يفرض قرائن قانونية لإثبات التهمة أو لنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم ، ولقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا على القضاء بعدم دستورية القوانين التي تخالف هذا المبدأ وعلى سبيل المثال ما قررته المادة ١٩٥ من قانون العقوبات ، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش ، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية ، وما نصت عليه المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وكذلك ما

نصت عليه المواد ٣٧ ، ٣٨ ، ١١٧ من قانون الجمارك سالف الإشارة ، وكذلك ما نصت عليه المواد ٢ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٤ مكرر من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها . كما قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ق بتاريخ ٢٢ من يوليو سنة ١٩٩٨ باعتبار الفقرة التاسعة من المادة ٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ منسوخا ضمنا بقوة الدستور وجميع هذه النصوص ذات قاسم مشترك في أنها خالفت قاعدة أصل البراءة المنصوص عليها في الدستور ونقلت عبء الإثبات على عاتق المتهم . لما كان ذلك ، وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع إذ نص في الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على أن " وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف كل زيادة في الثروة تطرأ بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها " ، يكون قد أقام قرينة مبناها افتراض حصول الكسب غير المشروع بسبب استغلال الخدمة إذا طرأت زيادة في ثروة الخاضع لا تتناسب مع موارده متى عجز عن إثبات مصدر مشروع لها ، ونقل الى المتهم عبء إثبات براءته ، وكلاهما ممتنع لمخالفته المبادئ الأساسية المقررة بالمادة ٦٧ من الدستور على نحو ما جرى تبيانه وفقا لقضاء كل من محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا في النصوص التشريعية المشابهة والتي انتهت محكمة المحكمة إلى عدم إعمالها وإهمالها لمخالفتها للدستور ، بينما انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بعدم دستورية تلك النصوص لمخالفتها أيضا للدستور . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان الطاعن الأول لعجزه عن إثبات مصدر مشروع لما طرأ على ثروته من زيادة لا تتناسب مع موارده يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لأنه قام على افتراض ارتكاب المتهم للفعل المؤثم وهو الكسب غير المشروع لمجرد عجزه عن إثبات مصدر الزيادة في ثروته ، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان المتهم بناء على هذا الافتراض الظني وقلب عبء الإثبات مستندا إلى دليل غير مشروع وقرينة فاسدة تناقض الثوابت الدستورية التي تقضي بافتراض أصل البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجزم واليقين لا على الافتراض والتخمين ، ولما كان العيب الذي شاب الحكم – عند الطعن فيه لثاني مرة – مقصورا على الخطأ في

تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم فإنه يتعين حسب القاعدة الأصولية المنصوص عليها في المادة ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، أن تحكم محكمة النقض وتصحح الخطأ وتحكم بمقتضى القانون دون حاجة الى تحديد جلسة لنظر الموضوع ، ومن ثم يتعين نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن الأول مما اسند إليه . لما كان ذلك ، وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع تنص على أن "كل من حصل لنفسه أو لغيره على كسب غير مشروع يعاقب بالسجن وبغرامة مساوية لقيمة الكسب غير المشروع فضلا عن الحكم برد هذا الكسب " ، وتنص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أن " وعلى المحكمة أن تأمر في مواجهة الزوجة والأولاد القصر الذين استفادوا من الكسب غير المشروع بتنفيذ الحكم بالرد في أموال كل منهم بقدر ما استفاد " ، وهو ما يدل على أن إصدار الأمر – متقدم المساق – إذا توافرت موجباته ، يتوقف على صدور حكم بإدانة الزوج الحاصل على كسب غير مشروع مرتبط به ويدور معه وجودا وعدما ، بحيث لا يتصور صدوره إلا إذا صدر حكم بإدانة الزوج ولا تكون له قائمة إذا ما ألغى الحكم المذكور ومن ثم مادامت المحكمة قد انتهت – على ما سالف – إلى براءة الطاعن الأول فإنه يتعين إلغاء الأمر بالرد في مواجهة باقي الطاعنين " (الطعن رقم ٣٠٣٤٢ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٨)

- **الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " لما كان من المقرر أنه لا يجوز التحدي أمام محكمة النقض بدفاع جديد لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع إلا إذا كان منصبا على سبب قانوني متعلق بالنظام العام ، وكانت عناصره الواقعية مطروحة عليها ، وكان النص في المادة ٢٩/ب من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – سالف البيان على أنه إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا تجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم ترفه الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم ذلك ، يدل على أن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام ،

ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها " (الطعن رقم ٢٠٣٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦) وبأنه " الدفع بعدم دستورية القوانين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – غير متعلق بالنظام العام ومن ثم لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٩)

- **الحكمة من أن الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام :** والحكمة من أن الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام هو أن القاضي لا يقوم بحسب الأصل في بحث مدى ملائمة النص وتوافقه مع الدستور من عده فيقعده ذلك عن أداء مهمته الأساسية وهو الفصل في الدعوى ، والقول بغير ذلك سيجعل جميع المحاكم على اختلاف درجاتها تبحث النص أولاً ثم تقوم بالفصل وإذا كان النص فيه شبهة عدم دستورية ولم تقم المحكمة بإحالة الدعوى للمحكمة الدستورية فيترتب عليه بطلان حكم المحكمة التي أصدرته وينتج عن ذلك آثار جمة منها تعطيل الفصل في الدعوى ، لذلك أجازت المادة ٩٥ الفقرة (أ) من الدستور للمحكمة أن تحيل الدعوى للمحكمة الدستورية إذا رأت هناك شبهة عدم دستورية ولكن ليس إلزاما على المحكمة أن تحيل الدعوى للمحكمة الدستورية وشتان بين الجواز والإلزام لأنه يترتب عليهما آثار خطيرة .

- **ويجب أن يكون الدفع بعدم الدستورية دفع جدي ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص في المادة ٢٩/ب من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه " إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم ترفه الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن " ، يدل على أنه يشترط لأعمال الحكم الوارد في هذا النص أن يكون الدفع بعدم دستورية نص في القانون جديا " (الطعن رقم ١٢٦٢ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٢/٢٤)

- **الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية وما أثاره من جدل :** ذهبت بعض أحكام محكمة النقض الى أن حكم المحكمة الدستورية لا يمس الحقوق والمراكز التي استقرت بموجب حكم نهائي حتى ولو كان حكم المحكمة الدستورية أدرك النزاع أمام محكمة النقض بينما ذهبت أحكام أخرى الى أن محكمة النقض تعد من ضمن المحاكم التي عناها المشرع في المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية ، وبالتالي يتعين إعمال الحكم الصادر بعدم الدستورية طالما أن النزاع منظور أمام محكمة النقض ويجب عليها تطبيق الحكم بعدم الدستورية من تلقاء نفسها ويجوز إثارته أمام محكمة النقض ولو لأول مرة من أحد الخصوم ، وإزاء هذا الخلاف عرض الأمر على الهيئة العامة لمحكمة النقض والتي أخذت بالرأى الثاني .

وقد قضت محكمة النقض بأن " وحيث إن النص في المادة ١٧٥ من الدستور على أنه " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون " ، والنص في المادة ١٧٨ منه على أنه " تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار " ، والنص في المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدلة بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على أنه " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة .... ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر ، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر ...." ، يدل على أنه يترتب على صدور الحكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في القانون غير ضريبي أو لائحة عدم جواز تطبيقه اعتبارا من ليوم التالي لنشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية وهذا الحكم ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة ويتعين على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها أن تمتنع عن تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها حتى ولو كانت سابقة على صدور هذا الحكم بعدم الدستورية باعتباره قضاء كاشفا عن عيب لحق النص منذ نشأنه بما ينفي صلاحيته لترتيب أى أثر من تاريخ نفاذ النص ولازم ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص في

القانون يســري من اليوم التالي لنشــره فلا يجوز تطبيقه مادام قد أدرك الدعوى أثناء نظر الطعن أمام محكمة النقض ، وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفســها . لما كان ذلك ، وكانت بعض أحكام هذه المحكمة قد ذهبت الى عدم تطبيق الحكم بعدم دستورية نص لازم للفصل في النزاع إذا صدر بعد صدور الحكم المطعون فيه فإنه يتعين العدول عن هذا الرأى والأخذ بالرأى الأول وإعمال ذلك الحكم اعتبارا من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٧٧٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/٥/١٨)

- **وتســتثنى الحقوق والمراكز من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدســتورية بالتقادم :** قضــاء المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١١/٣ في القضية رقم ٧٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية ، بعدم دســتورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لســنة ١٩٧٧ في شـأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمســتأجر فيما لم يتضــمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحق في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم سواء بالوفاة أو الترك ، وإن كان مقتضــاه عدم جواز امتداد عقد الإيجار إلى أقارب المســتأجر المقيمين معه من زوج وأبناء ووالدين وفقا لحكم الفقرة الأولى من ذات المادة لأكثر من مرة واحدة ، إلا أنه لما كانت المحكمة الدستورية العليا قد اسـتشـرفت خطر إعمال الأثر الرجعي المقرر للأحكام الصـادرة بعدم دسـتورية القوانين في خصـوص هذا الحكم ، وحملت الرخصـة التي حولتها لها الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من قانونها ، وقضـت بسـريانه بأثر فوري على الوقائع التالية لتاريخ نشـره في الجريدة الرسـمية الحاصــل في ٢٠٠٢/١١/١٤ ، وكان مفاد سـريان هذا الحكم بأثر فوري أن عقد الإيجار لا يمتد قانونا لمرة ثانية إذا كان قد سـبق وامتد وفقا لحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لســنة ١٩٧٧ في تاريخ لاحق على نشـر الحكم وليس في تاريخ ســابق على ذلك ، بما مؤداه أن جميع العقود التي كانت قائمة في يوم ٢٠٠٢/١١/١٤ ، ولو كانت قد أبرمت إعمالا لأحكام الامتداد القانوني لعقود الإيجار – وتنزل منزلتها الوقائع التي ترتب عليها قيام التزام على المؤجر بتحرير عقد إيجار للمســـتفيدين من هذا الامتداد نزولا على أحكامه فتعد عقودا قائمة حكما حيث كان يجب تحريرها – تظل قائمة ومنتجة لآثارها القانونية ، وأنه يجوز من بعد هذا

التاريخ امتدادها إلى أقارب المستأجر – ومن أخذ حكمه ممن سبق وامتد إليه العقد – الذين تتوافر لهم الشروط والضوابط المنصوص عليها في المادة ٢٩ السالف الإشارة إليها ، على أن يكون هذا الامتداد لمرة واحدة فقط بحيث تنتهي تلك العقود بانتهاء إقامة آخر هؤلاء الأقارب بالعين سواء بالوفاة أو الترك .

وقد قضت محكمة النقض بأن " قضاء الحكم المطعون فيه بطرد الطاعن من العين محل النزاع ورفض دعواه الفرعية بإلزام المطعون ضده بتحرير عقد إيجار له عن ذات العين تأسيسا على عدم جواز امتداد العقد إليه مرة أخرى بعد امتداده من قبل الى والده المتوفى قبل صدور الحكم بعدم دستورية م٣/٢٩ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ . خطأ . " (الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٧٤ق جلسة ٢٠٠٥/٤/٦) وبأنه " الحكم بعدم دستورية م٣/٢٩ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ فيما لم تتضمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحق في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم بها سواء بالوفاة أو الترك أثره . عدم جواز امتدد العقد إلى أقارب المستأجر المقيمين معه وفقا للفقرة الأولى من المادة سالفة الذكر لأكثر من مرة واحدة . سريان هذا الحكم بأثر فوري على الوقائع اللاحقة لنشر الحكم بعدم الدستورية مؤداه . امتداد عقود الإيجار القائمة في تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية – وما ينزل منزلتها – لمرة واحدة فق ولو سبق امتدادها قبل ذلك . علة ذلك . " (الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٧٤ق جلسة ٢٠٠٥/٤/٦) وبأنه " تمسك الطاعنة بامتداد عقد إيجار شقة النزاع إليها ولأخوتها لإقامتهم بها مع والدهم المستأجر الأصلي حتى وفاته وإن تحرر عقد إيجارها بعد ذلك باسم والدتهم وحدها . دفاع جوهري . إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالإخلاء والتسليم استنادا إلى أقوال شاهدي المطعون ضدهن السبعة الأول من انتفاء إقامة أى من أولاد المستأجر الأصلي بعين النزاع حتى وفاة والدتهم دون أن يواجه الدفاع سالف البيان بما يصلح ردا عليه . قصور . " (الطعن رقم ٢٥٥٢ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٠) وبأنه " المقيمون مع المستأجر ممن لهم حق الانتفاع بالامتداد القانوني . عدم جواز ترتيب أية التزامات في ذمتهم خلال مشاركتهم له المكان المؤجر . وفاة المستأجر أو تركه العين . أثره . امتداد العقد لصالحهم بقوة القانون وانتقال جميع الحقوق الناشئة عن العلاقة الإيجارية " (الطعن رقم ٢٦٩ لسنة ٧٤ق جلسة ٢٠٠٥/٦/٨ ، الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٩)

- **والورثة الذين لهم حق البقاء في العين المؤجرة يستمدون حقهم في البقاء في العين المؤجرة من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني وبالتالي لا يسري في حقهم حكم المحكمة الدستورية والمتعلق بالمادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ : حدد**

المشرع في الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ من ينتقل إليهم حق الإجارة من المستأجر بصفة عامة سواء أكان مستأجرا أصليا أو وارثا للمستأجر فقصر هذا الحق على زوجة المتوفى أو ورثته من الأقارب حتى الدرجة الثانية دون سواهم ونص في المادة الخامسة على سريان هذه الفقرة وحدها بأثر رجعي بقصد أن يكفل لهؤلاء الحق في البقاء كما جاء بالمذكرة الإيضاحية ، ثم عالج المشرع الأوضاع القائمة بالفعل في ١٩٩٧/٣/٢٧ – تاريخ العمل بالقانون وسريان باقي أحكامه – فنص على احترام كل العلاقات الإيجارية القائمة الناشئة عن وراثة المستأجرين الأصليين أو وراثة ورثتهم وقسم هذه العلاقات الى فئتين ، فئة لا ينتهي العقد بوفاة المستأجر وأخرى ينتهي العقد بوفاته ، الفئة الأولى هم ورثة المستأجر الأصلي من أزواج وأقارب حتى الدرجة الثانية فهؤلاء يستفيدون من الحكم الوارد بالفقرة الأولى من المادة الأولى فلا ينتهي العقد بوفاتهم وإنما ينتقل حق الإجارة الى ورثتهم هم بالنظام الجديد ولمرة واحدة ، فعبارة (المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلي) الواردة في الفقرة الثانية من المادة الأولى هو وصف لأصحاب حق البقاء هؤلاء الذين متى توفى أحدهم انتقل الحق إلى ورثته بالشروط الجديدة وهى أن يكون من انتقل إليه الحق زوجا للمتوفى أو وارثا له حتى الدرجة الثانية وليس وارث غيره حتى ولو كان المستأجر الأصلي وإلا خالف النص قواعد الميراث المتعلقة بالنظام العام فالمقصود بالمستفيد في هذه العبارة في سياقها هو من انتقل منه الحق وليس من انتقل إليه الحق ، ووجه استفادة المتوفى أن عقده لم ينته بوفاته وضمن انتفاع أرملته وأبنائه بانتقال حق الإجارة إليهم لمرة واحدة ، أما الفئة الثانية من العلاقات الإيجارية وهم ورثة المستأجر الأصلي الذين تجاوز قرابتهم الدرجة الثانية ، وكذلك ورثة ورثة المستأجر الأصلي فهؤلاء جميعا تستمر عقودهم قائمة ولكنها تنتهي بوفاتهم فلا يستفيدون من النظام الجديد لتوريث حق الإجارة ، ولا شك أن هؤلاء الورثة إنما يستمدون حقهم في البقاء من أحكام الميراث ونصوص القانون المدين سالفة البيان وليس صحيحا ما جاء في المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية للقانون ٦ لسنة

١٩٩٧ من أنهم يستمدون هذا الحق من نص المادة ٢/٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المحكوم بعدم دستوريته لأن هذا النص قد زال منذ نشأته إعمالا للأثر الكاشف لحكم عدم الدستورية " (الطعن رقم ٢٣٢٤ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/١٠/١١) وبأنه " عقود الإيجار القائمة وقت العمل بالقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ الناشئة عن وراثة المستأجرين الأصليين أو وراثة ورثتهم . وجوب التفرقة بين فئتين منها ز فئة لا ينتهي العقد فيها بوفاة المستأجر وفئة ينتهي العقد فيها بوفاته. المقصود بالفئة الأولى. المستفيدون من ورثة المستأجر الأصلي وهم زوج المستأجر المتوفى وورثته من أقارب حتى الدرجة الثانية الذي ينتقل منهم هذا الحق إلى ورثتهم لمرة واحدة . المقصود بالفئة الثانية . ورثة المستأجر الأصلي الذين تجاوز قرابتهم الدرجة الثانية وكذلك ورثة ورثة المستأجر الأصلي . استمداد هؤلاء حقهم في البقاء حتى وفاتهم من أحكام الميراث ونصوص القانون المدني وليس من نص المادة ٢/٢٩ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقضي بعدم دستوريته " (الطعن رقم ٢٣٢٤ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/١٠/١١)

- **أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في تشريع أو لائحة قبل تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :** تنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا – قبل تعديلها بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ – على أن " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا الى ذلك النص كأن لم تكن ، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه " ، وتناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي

أو بانقضـــاء مدة تقادم . أما إذا كان الحكم بعدم الدســـتورية متعلقا بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا الى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاما باتة ، وواضح أن المادة ٤٩ أعملت الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية الى حد إسقاطها حجية الأمر المقضي لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية . (انظر المذكرة الإيضاحية، الدكتور عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري ص٨٢٠)

وقد قضت المحكمة الدستورية بأن " الأصل في الأحكام القضائية ، أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هى لا تســتحدث جديدا ولا تنشـأ مركزا أو أوضــاعا لم تكن موجودة من قبل ، بل هى تكشــف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده الى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره الأمر الذي يســـتتبع أن يكون للحكم بعدم الدســـتورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشــفة ، بيانا لوجه الصـــواب في دســـتورية النص التشـــريعي المطعون عليه منذ صــــدوره ، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفي حدوده المقررة شكلا وموضوعا ، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه ، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب الى يوم صدوره . وفضلا عن ذلك فإن المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء ، إما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم ، وأوجب على الجهة القضائية – عند الشك في عدم الدستورية – وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المســـألة المثارة إنما كان ينبغي بذلك تحقيق فائدة للخصـــم في المنازعات الموضـــوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية وهى منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فإذا لم يكن بهذا الحكم أثر رجعي ، لأصبح لزاما على قاضي الموضوع – الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته – أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته ما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق في التقاضي – وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة ٦٨ منه للناس كافة – بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجردا من مضمونه ، الأمر الذي ينبغي تنزيه المشرع عن قصد

التردي فيه ، وبالإضافة الى ذلك فإن النص في المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، هو خطاب تشريع موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي فإنه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته ، وقد أعملت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية الى حد إسقاط حجية الأمر المقضي لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية . أما في المسائل الأخرى – غير الجنائية – فيسري عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانوني آخر ترتكن إليه ويحد من إطلاقه الرجعية عليها ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة ٤٩ منه ، حيث جاء بها أن القانون تنازل أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة الى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم ، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا الى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكاما باتة" (القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ق دستورية جلسة ١٩٩١/٥/١٩)

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن " الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا تسري بأثر رجعي على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي ، الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم بات " (القضية رقم

٧ لسنة ١٨ق دستورية جلسة

١٤/١١/٢٠٠٢)

- **أثر الحكم بعدم الدستورية بعد تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :** نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن " يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص التالي : " ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو في لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر ، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا اثر مباشر ، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص " . والملاحظ أن المشرع أبقى على صدر الفقرة الثالثة من المادة والتي تنص على أن " ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم " ، وهذا النص الذي جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا في ظله على وجود الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، ومن ثم يظل الأصل بعد التعديل أيضا أن يكون لهذه الأحكام أثر رجعي ، وإنما يرد على هذا الأصل استثناءان هما : الأول : أنه يجوز للمحكمة أن تحدد تاريخا آخر لسريان الحكم ، أى تقرر أثرا غير رجعي لحكمها ، والثاني : أنه يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي أثرا مباشرا دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية النص بأثر رجعي ، وهذا التعديل يسري على الأحكام الصادرة بعد العمل به . (المذكرة الإيضاحية)

وقد قضت المحكمة الدستورية في ظل هذا التعديل بأن " حيث إن مقتضى حكم المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، هو عدم تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته على الوقائع اللاحقة لليوم التالي لتاريخ نشر الحكم الصادر بذلك ، وكذلك على الوقائع السابقة على هذا النشر إلا ما استقر من حقوق ومراكز صدرت بشأنها أحكام حازت قوة الأمر المقضي ، أو إذا حدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخا آخر لسريانه . لما كان ذلك ، وكان إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وعلى ما انتهت إليه المحكمة في هذه

الأسباب ، مؤداه إحداث خلخلة اجتماعية واقتصادية مفاجئة ، تصيب فئات عريضة من القاطنين بوحدات سكنية تساندوا في إقامتهم بها الى حكم هذا النص قبل القضاء بعدم دستوريته ، وهى خلخلة تنال من الأسرة في أهم مقومات وجودها المادي ، وهو المأوى الذي يجمعها وتستظل به ، بما تترتب عليه آثار اجتماعية تهز مبدأ التضامن الاجتماعي الذي يقوم عليه المجتمع وفقا لما نصت عليه المادة السابقة من الدستور ، إذ كان ذلك فإن المحكمة ترى إعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانونها ، وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخا آخر هو اليوم التالي لنشره ، بما مؤداه أن جميع العقود التي أبرمت قبل هذا إعمالا لحكم الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وتنزل منزلتها الوقائع التي ترتب عليها قيان التزم على المؤجر بتحرير عقود إيجار ، فتعد قائمة حكما – بحيث كان يجب تحريرها – وتظل قائمة ومنتجة لكافة آثارها القانونية وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ المشار إليها " (الطعن رقم ٧ لسنة ١٨ق دستورية جلسة ٢٠٠٢/١٢/١٤)

- **كل القوانين واللوائح تبقى صحيحة و نافذة الى أن يتم إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " ولما كان ما قضى به الدستور في المادة ٤٤ من صوت حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون ، إنما هو حكم قابل للإعمال بذاته فيما أوجب في هذا الشأن من أمر قضائي مسبب ذلك بأنه لا يجوز البتة للمشرع بعد أن يهدد أيا من هذين الضمانين – الأمر القضائي والمسبب – اللذين قررهما الدستور لصون حرمة المسكن ، فيسن قانونا يتجاهل أحد هذين الضمانين أو كليهما ، وإلا كان هذا القانون على غير سند من الشريعة الدستورية . أما عبارة (وفقا لأحكام القانون) الواردة في عجز هذا النص فإنما تعني أن دخول المساكن ، أو تفتيشها لا يجوز إلا في الأحوال المبينة في القانون ، من ذلك ما أفصح عنه المشرع في المادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية من حظر دخول المسكن إلا في الأحوال المبينة في القانون أو في حالة طلب المساعدة من الداخل أو ما شابه ذلك ، وأما ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا نافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور فإن

حكمها لا ينصرف بداهة إلا إلى التشريع الذي لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته ، بغير حاجة إلى تدخل من المشرع ، ومن ثم يكون تسبيب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه ، إجراء لا مندوحة منه منذ العمل بأحكام الدستور دون تربص بصدور قانون أدنى ، ويكون ما ذهبت إليه النيابة العامة من نظر مخالف غير سديد " (نقض جنائي ١٩٧٥/٣/٢٤ س٢٦ ص٢٥٨) وبأنه " قد نصت المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات على أن "كل من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفي غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوي الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا " ، وإذكان ما نصت عليه المادة ٥٧ من الدستور من أن الاعتداء على الحرية الشخصية يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، إنما هو صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة إلى سن تشريع آخر أدنى في هذا الخصوص ، إذ أن تلك الجريمة نصت عليها المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ولماكانت محكمة الموضوع لم تعرض للفصل في دستورية القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٢ إذ أن الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ليست من بين الجرائم التي نص عليها ذلك القانون ، فإن النعى يكون في غير محله " (نقض ١٩٧٩/٢/١٥ س٣٠ ص٥٣٩ ، نقض ١٩٨١/١١/١٩ طعن ١٤٧٥ س٤٧ق ، نقض ١٩٨٠/١٢/٩ طعن ١٦٧٥ س٤٨)

- **ويأتي دستور اتحاد الدول العربية في مرتبة أعلى من دستور الدول الأعضاء فيجب تطبيقه في حالة تعارضه مع دستور أحد الدول الأعضاء ، وقد قضت محكمة النقض بأن "**

لماكان الدستور الاتحادي لجولة اتحاد الجمهوريات العربية الصادر في سبتمبر سنة ١٩٧١ بناء على استفتاء شعبي في دول الاتحاد ، ومن بينها مصر ، قد نص في مادته الأولى على إنشاء دولة اتحادية تمارس اختصاصاتها على الوجه المبين فيه ، ونص في مادته الرابعة عشرة على أنه في المجال الاقتصادي تقوم هذه الدولة بـــ " ... (و) إنشاء المرافق ذات النفع المشترك للجمهوريات الأعضاء والمشروعات المشتركة بينها والإشراف عليها . (ز) إنشاء المؤسسات الاقتصادية الاتحادية والإشراف عليها ، كما نصت المادة السابعة والثلاثون من ذات الدستور على أن للقوانين الاتحادية الأولوية على قوانين

الجمهوريات فيما يتعلق باختصاصات الاتحاد ، ونصت المادة الخامسة والستين من الدستور على عدم خضوع أموال وممتلكات دولة الاتحاد للضرائب والرسوم المقررة في قوانين الجمهوريات الأعضاء ، وأعقب ذلك صدور قرار مجلس رئاسة الاتحاد رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ بإنشاء بعض المشروعات المشتركة لتدعيم التكامل الاقتصادي بين دول الاتحاد وكان من بينها مؤسسة الاتحاد العربي للمقاولات ، ثم صدر قرار مجلس رئاسة الاتحاد رقم ٦ لسنة ١٩٧٤ بإنشاء شركة الاتحاد العربي للمقاولات الذي منحها في مادته الأولى الشخصية الاعتبارية وأعطاها الجنسية الليبية ، ونصت المادة الثالثة على أن مركز الشركة ومحلها القانوني مدين طرابلس ويكون لها فرع في كل من القاهرة ودمشق ، أما المادة الرابعة فحددت رأسمال الشركة بعشرة ملايين دينار ليس وهى مملوكة بالكامل لدولة اتحاد الجمهوريات العربية بينما حددت المادتين الخامسة والسادسة من القرار قواعد تشكيل جمعيتها العمومية ومجلس إدارتها ومنحتها المادة السابعة حق اختيار العاملين فيها دون قيود الاستخدام المنصوص عليها في القوانين المحلية ، وأعطتها المادة التاسعة حرية نقل أموالها بين دول الاتحاد أو بين الدول الأجنبية دون أية قيود سارية في دول الاتحاد . هذا وقد نصت المادتان الرابعة عشر والخامسة عشر من ذات القرار على أنه لا تسري على الشركة القوانين والقرارات واللوائح المنظمة للشركات المساهمة الوطنية في جمهوريات الاتحاد ، وتنظم أوجه الرقابة على أعمال الشركة طبقا للقواعد التي تضعها الجمعية العمومية ولا تخضع الشركة وفروعها في ممارستها لأعمالها لأجهزة الرقابة المالية والإدارية وقد صدر قرار مجلس رئاسة اتحاد الجمهوريات العربية رقم ٩ لسنة ١٩٧٤ بإصدار النظام الأساسي لشركة الاتحاد للمقاولات ونص في مادته الرابعة والعشرين على أن يكون للشركة مراقبان للحسابات من الأشخاص الطبيعيين تعينهما وتحدد أتعابهما الجمعية العمومية ويقع باطلا كل تعيين على خلاف ذلك . كما نصت المادة الخامسة والثلاثون من هذا النظام على أن أموال الشركة والعاملون فيها يتمتعون بالحقوق المنصوص عليها في القانون المنشئ لها . لما كان ذلك ، وكان مشروع الدستور الاتحادي بعد أن عرض على مجلس الشعب في جمهوريات الاتحاد وأقرته بأغلبية ساحقة قد أصبح حقيقة قائمة ونافذة وقامت بناء عليه دول اتحادية باسم اتحاد الجمهوريات العربية وألزم دول هذا الاتحاد بألا تتعارض أحكام دستورها مع أحكام الدستور الاتحادي مما

يعني أن الدستور الاتحادي يأتي في مرتبة أعلى من دساتير الدول الأعضاء وتسمو سلطاته على سلطات هذه الدول " (الطعن رقم ٢٠٥١٩ لسنة ٦٥ق جنائي جلسة ١٩٩٨/٤/١٦)

- **الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن** " الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ، ويرسم لها وظائفها ، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشطاها ، ويقرر الحريات والحقوق العامة ، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضفي عليه صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئلها وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها ، وحق لقواعده أن تستوي على القمة من البناء القانوني للدولة وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الآمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية ، ودون أى تفرقة أو تمييز – في مجال الالتزام بها – بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، ذلك أن هذه السلطات كلها سلطات مؤسسة أنشأها الدستور – تستمد منه وجودها وكيانها ، وهو المرجع في تحديد وظائفها ، ومن ثم تعتبر جميعها أمام الدستور على درجة سواء ، وتقف كل منها مع الأخرى على قدم المساواة قائمة بوظيفتها الدستورية متعاونة فيما بينها في الحدود المقررة لذلك ، خاضعة لأحكام الدستور الذي له وحده الكلمة العليا وعند أحكامكن تنزل السلطات العامة جميعا ، والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلا من أصول الحكم الديمقراطي ، وهو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور ، وهو ما حرص الدستور القائم على تقريره بالنص في المادة ٦٤ منه على أن ط سيادة القانون أساسا الحكم في الدولة " ، وفي المادة ٦٥ منه على أن " تخضع الدولة للقانون ...." ، ولا ريب في أن المقصود بالقانون في هذا الشأن هو القانون بمعناه الموضوعي الأعم الذي يشمل كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها ، ويأتي على رأسها ، وفي الصدارة منها الدستور بوصفه أعلى القوانين وأسماها " (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٩ق دستورية جلسة ١٩٩٠/٥/١٩)

- **الدستور أخضع سلطات الدولة جميعا لسيادة القانون ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " لا يستقيم في صحيح النظر – أن يقال أن سلطة مجلس الشعب بالفصل في صحة العضوية تتأنى على مبدأ المسألة القانونية في أمر كل إجراء يتعلق بعملية الانتخاب – صحيحا كان أو باطلا – لما فيه من الخوض في اختصاصه وما يحمله من معنى الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات في الدولة ، ذلك أن الدستور عندما رسم الحدود بين السلطات ، نص في المادة ٩٨ على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن الالتجاء الى قاضيه الطبيعي وحظر في النص ذاته تحصين أى عمل أو قرار من رقابة القضاء وأخضع سلطات الدولة جميعا – بما فيها السلطة التشريعية – لسيادة القانون وناط بالقضاء في المادة ٥٥ توفير الحماية القضائية للمواطنين من كل عسف وكفالة وخضوع كافة السلطات لسيادة القانون " (الطعن رقم ٣٢٤٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٨) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مبدأ الفصل بين السلطات ليس معناه إقامة سياج مادي يفصل فصلا تاما بين سلطات الحكم ويحول دون مباشرة كل منها لوظيفتها بحجة عدم المساس بالأخرى وأن مبدأ توزيع وظائف الحكم الرئيسية التشريعية والتنفيذية والقضائية على هيئات منفصلة ومتساوية تستقل كل منها عن الأخرى في مباشرة وظيفتها حتى لا تتركز السلطة في يد واحدة فتسئ استعمالها ، مؤداه أن يكون بين السلطات الثلاثة تعاون ، وأن يكون لكل منها رقابة على الأخرى في نطاق اختصاصها بحيث يكون نظام الحكم قائما على أساس أن السلطة تحد السلطة فتعمل كل سلطة في نطاق وظيفتها على وقف السلطة الأخرى عن تجاوز حدود سلطتها القانونية فيؤدي ذلك إلى احترام القوانين وحسن تطبيقها وهو ما يتفق وحكمة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات التي هى تحقيق التوازن والتعاون فيما بينها وتوفير الحيدة لكل منها في مجال اختصاصها " (الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
- **الدستور كفل استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وفي عبارة المحكمة الدستورية قضت بأن** " الدستور إذ كفل – بنص المادة ١٦٥ منه – للسلطة القضائية استقلالها في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وجعل هذا الاستقلال عاصما من التدخل في أعمالها أو التأثير في مجرياتها ، باعتبار أن شئون العدالة هى مما تستقل به السلطة القضائية وأن عرقلتها على أى

وجه ، عدوان على ولايتها الدستورية ومن ثم تظل لأحكامها ولو لم تكن نهائية حجيتها ، وهى حجية لا يستطيع المشرع أن يسقطها " (حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٨/٤/٢ في طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٥ق)

- **رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين واللوائح ، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن** " وحيث إن الاختصاص المنفرد والمعهود به الى المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على دستورية القوانين – وفقا لقانونها – يتحدد حصرا بالرقابة على دستورية القوانين بمعناها الموضوعي ، أى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي سنتها السلطة التشريعية أو تلك التي تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها وأن تنحسر – بالتالي – عما سواها ، وحيث إن المادة الأولى من قانون إصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، تقضي بأنه يقصد بقطاع الأعمال العام ، الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون ، وتتخذ هذه الشركات بنوعيها شكل الشركات المساهمة ، ويسري عليها – فيما لم يرد بشأنه نص خاص في ذلك القانون ، وبما لا يتعارض مع أحكامه – نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١. ولا تسري أحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ على الشركات المشار إليها ، وعملا بنص المادة الثانية من قانون الإصدار تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التي تشرف عليها هذه الهيئات ، وذلك اعتبارا من تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، ودون حاجة الى أى إجراء آخر ، وبمقتضى نص المادة الأولى من قانون شركات قطاع الأعمال العام تعتبر الشركات القابضة من أشخاص القانون الخاص وتتخذ الشركة القابضة – وفقا للفقرة الثالثة من المادة ١٦ من هذا القانون – شكل الشركات المساهمة ، وتثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها بالسجل التجاري ، وحيث إنه من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، أن كل لائحة يتحدد تكييفها القانوني بمجال

سريانها ، فكلما كان هذا المجال متصلا بنطاق القانون الخاص انحسرت الصفة الإدارية عنها ، ولو كانت الجهة التي أصدرتها من أشخاص القانون العام ، فلا تعتبر تشريعا بالمعنى الموضوعي مما تمتد إليه الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية ، وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكانت الشركة العامة للأعمال الهندسية تعتبر شركة مساهمة تتولى العمل في نطاق أغراضها ، وعلى ضوء الوسائل التي تنتهجها في إدارة شـــئونها وفقا لقواعد القانون الخاص التي تحكم علاقتها بالعاملين فيها وبالغير ، وكان النص الطعين قد ورد بلائحة نظام العاملين بالشـــركة المذكورة ، فإن إصــــدارها بقرار من وزير قطاع الأعمال العام لا يغير من طبيعتها ، ولا يدخلها في دائرة التشــــريع الموضــــوعي الذي تختص المحكمة الدســـتورية العليا بالرقابة الدســـتورية عليها ، مما يتعين معه القضـــاء بعدم اختصـــاص هذه المحكمة بنظر الدعوى الماثلة " (الطعن رقم ٢٣٤ لســـــنة ٢٤ق دســـــتورية جلســــة ٢٠٠٤/٦/٦) وبأنه " وحيث إن الاختصاص المنفرد والمعهود به الى المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على دستورية القوانين – وفقا لقانونها – يتحدد حصـرا بالرقابة على دسـتورية القوانين بمعناها الموضـوعي ، أى النصـوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة ، سـواء وردت هذه النصـوص بالتشـريعات الأصـلية التي سـنتها السـلطة التشـريعية أو تلك التي تضـمنتها التشـريعات الفرعية التي تصـدرها السـلطة التنفيذية في حدود صـلاحياتها التي ناطها الدستور بها ، وأن تنحسر – وبالتالي – عما سواها " (القضية رقم ١٤٣ لسنة ٢٥ق دستورية جلســة ٢٠٠٤/٤/٤) وبأنه " وحيث إنه يبين من النصــين المتقدمين أن قرار مجلس جامعة الأزهر الذي يقتصر على تحديد أعداد المقبولين بالكليات المختلفة بجامعة الأزهر (سواء صدر من مجلس الجامعة أو من رئيس الجامعة بالتفويض) لا يعدو أن يكون قرارا تنفيذا يصـدر على هدى عناصـر وأوضـاع تختلف من كلية الى أخرى ، ومن عام الى آخر ، يتعلق بعضــــها بإمكانيات كل كلية والميزانية المعتمدة لها وظروف الدراسـية بها ، ولا يتضـمن بالتالي أية شـروط أو قواعد تنظيمية عامة تسـبغ غليه وصـف القرار اللائحي (التشريع الفرعي) الذي تختص هذه المحكمة بالرقابة على دستوريته ، وحيث إنه ترتيبا على ما سلف فإن قرار السيد الدكتور رئيس جامعة الأزهر محل الطعن الماثل يخرج عن مجال رقابة الدستورية التي تستنهض ولاية هذه المحكمة للفصل فيها بما يتعين معه الحكم بعدم الاختصاص " (القضية رقم ٢٤٠ لسنة ٢٤ق

دستورية جلسة ٢٠٠٤/٤/٤) وبأنه " وحيث إن الدستور قد عهد – بنص المادة ١٧٥ – الى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون ، وبناء على هذا التفويض أصدر المشرع قانون هذه المحكمة مبينا اختصاصاتها ، محددا ما يدخل في ولايتها حصرا ، مستبعدا من مهامها ما لا يندرج تحتها ، فخولها اختصاصا منفردا بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، مانعا أى جهة من مزاحمتها فيه مفصلا طرائق هذه الرقابة وكيفيتها ، وذلك ضمانا منه لمركزية الرقابة على المشروعية الدستورية ، وتأمينا لا تساق ضوابطها وتناغم معاييرها ، وصولا من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور ، بما يكفل تكاملها وتجانسها ، مؤكدا أن اختصاص هذه المحكمة – في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على دستورية التشريع – ينحصر في النصوص التشريعية أيا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها ، فلا تنبسط ولايتها في شأن الرقابة القضائية على دستورية التشريع ، إلا على القانون بمعناه الموضوعي باعتباره منصرفا إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية ، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها ، وأن تقبض تلك الرقابة – بالتالي – عما سواها ، وحيث إن قانون صناديق التأمين الخاصة بالقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٥ ، يقضي في المادة ١ منه بأنه يقصد بصندوق التأمين الخاص كل نظام في أى جمعية أو نقابة أو هيئة من أفراد تربطهم مهنة أو عمل واحد ، أو أية صلة اجتماعية أخرى ، تتألف بغير راس المال ، ويكون الغرض منها وفقا لنظامه الأساسي أن تؤدي الى أعضائه أو المستفيدين منه تعويضات أو مزايا مالية ، أو مرتبات دورية أو معاشات محددة في حالات بعينه ، وقد أخضع القانون تلك الصناديق لإشراف ورقابة المؤسسة المصرية العامة للتأمين – التي حلت محلها الهيئة المصرية العامة للتأمين ثم الهيئة المصرية للرقابة على التأمين – وأوجب تسجيلها بمجرد إنشائها وفقا للقواعد أو الإجراءات التي رسمها ، وكذا اعتماد وتسجيل أى تعديل يطرأ على نظامها ، وترك أمر تصريف شئونها وإدارة أموالها لجمعيتها العمومية ومجلس إدارتها وفقا لنظامها الأساسي ، وإعمالا لذلك صدر قرار الهيئة المصرية للرقابة على التأمين رقم ٢١٥ لسنة ١٩٨٣ بتسجيل صندوق التأمين الخاص بالعاملين بمصر

للطيران من غير أفراد أطقهم القيادة (طيارون – مهندسون وأفراد الضيافة الجوية) لما كان ذلك ، وكان النظام الأساسي لهذا الصندوق الذي يتضمن الفقرة (أ) من المادة (٣) المطعون فيها لا يعدو أن يكون تنظيما اتفاقيا خاصا بين أعضائه بقصد تحقيق الرعاية لهم ولأسرهم صحيا واجتماعيا – دون أن يغير من ذلك صدور قرار من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين بتسجيل الصندوق المشار إليه ، بحسبان أن هذا الإجراء لا يستهدف سوى إخضاع أعمال الصندوق لرقابة الهيئة المشار إليها بغير مساس بالطبيعة الخاصة له – ومن ثم فإن النظام الأساسي المذكور لا يعد من التشريعات التي تختص هذه المحكمة بإعمال رقابتها الدستورية عليها ، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الماثلة " (الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٥ق دستورية جلسة ٢٠٠٤/٦/٦)

- **ويجب على محكمة الموضوع أن توقف الفصل في الدعوى إذا تراءى لها هى ذاتها عدم دستورية النص وأن هذا النص لازم للفصل في الدعوى المنظورة ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن** "وحيث إن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المار ذكره تنص على أنه " تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنها نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة " ، وحيث إن المدعى ينعى على النص الطعين مخالفته للشريعة الإسلامية ، لما تضمنه من التقيد بمذهب معين دون بقية المذاهب ، الأمر الذي يؤدي الى إغلاق باب الاجتهاد ، بالرغم من وجوبه على أهل كل زمان ، وحيث إنه يبين مما تقدم أن مقصد المدعى من دعواه هو الطعن على ما ورد بالنص المذكور من أنه " ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة " . لما كان ذلك ، وكان من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة ، يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية ، وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة ، ومن ثم فإن شرط المصلحة يحدد لتلك الخصومة نطاقها ، فلا تندرج تحته إلا النصوص التشريعية التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها بصفة مباشرة على النزاع الموضوعي دون ما سواها ، وحيث إن الدعوى الموضوعية المرددة أمام المحكمة الاستئنافية تدور حول منازعة المدعى في التزامه بأداء نفقة زوجته وابنه فيما يجاوز السنة

الهجرية ، وفي تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهما ، ثم مطالبته بتخفيض مقدار النفقة المحددة بقضـــاء محكمة الدرجة الأولى ، متى كان ما تقدم ، وكانت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لســـنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسـائل الأحوال الشـخصـية المسـتبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسـنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشـخصـية تنص على أنه " تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما ... وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضي به الشرع ... وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ، ولا تسـقط إلا بالأداء أو الإبراء ... ولا تسـمع النفقة عن مدة ماضـية لأكثر من سـنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى ..... " ، وتنص المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسـنة ١٩٨٥ على أنه " تقدر نفقة الزوجة بحسـب حال الزوج وقت اسـتحقاقها يسـرا وعسـرا على ألا تقل النفقة في حالة العســر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضــرورية ..." ، كما تنص المادة ١٨ مكررا ثانيا من ذات المرسوم والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ آنف البيان على أنه " إذا لم يكن للصـغير مال فنفقته على أبيه ، وتسـتمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسـب ما يكفي نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسـة عشـرة من عمره قادرا على الكسـب المناسـب ، فإن أتمها عاجزا عن الكسـب لآفة بدنية أو عقلية أو بسـبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو بسـبب عدم يتسـر هذا الكسـب استمرت نفقته على أبيه ، ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسـكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المســـتوى اللائق بأمثالهم ، وتســـتحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم " (الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٢٤ق دستورية جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

- **ولمحكمة الموضوع الخيار بين أن توقف الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية وبين تأجل نظرها مع تحديد ميعاد للخصـم الذي أبدى دفعا بعدم الدسـتورية ، وقد قضـت المحكمة الإدارية العليا بأن** " المادة ٢٩ (أ ، ب) من قانون المحكمة الدســتورية العليا – للمحكمة إذا تراءى لها أثناء نظر الدعوى أن نص قانون أو لائحة لازما للفصـــل فيها "غير دســـتوري" وكان أحد الخصوم في الدعوى فقد دفع بعدم الدستورية – للمحكمة خيار بين أن توقف الدعوى وتحيل أوراقها الى

المحكمة الدستورية متى تراءى لها هى ذاتها عدم دستورية النص اللازم للفصل في الدعوى أو أن تؤجل نظر الدعوى وتحدد ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لمن أبدى هذا الدفع لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا "(الطعن رقم ٢٧٤٢ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤)

- **ويجب في النصوص التشريعية ألا تخالف الدستور ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " الأصل في النصوص التشريعية ، هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور ، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخيا ، بل يمون إنفاذها – واعتبارا من تاريخ العمل بها – لازما ، ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها ، أو مانعا من فرضها على المخاطبين بها ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور ، فإن هى انتهت الى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية ،كان ذلك استصحابا لأصل صحتها ، لنزول الشبهة التي كانت عالقة بها ، ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا ، لا يجوز بحال وقف تنفيذها ، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع يوقف سريانها ، وإلا عد ذلك عدوانا على الولاية التي أثبتها الدستور للسلطة التشريعية ، وإسباغا لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا ، دون سند من الدستور أو القانون" (القضية رقم ١ لسنة ٧٥ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧)

- **ويجب التزام جميع التشريعات بأحكام الدستور سواء كانت قبل العمل بالدستور أو بعده ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى ، صاحب الصدارة فكان على ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، ويستوي في ذلك أن يكون التعارض سابقا أو لاحقا على العمل بالدستور ، فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للأعمال بغير حاجة الى من تشريع أدنى . لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ، ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه . لما كان ذلك ، وكان ما قضى به الدستور في المادة ٤٤ من صون حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون ، إنما هو حكم قابل للإعمال بذاته فيما أوجب في هذا الشأن من أمر قضائي سبب ذلك بأنه ليس يجوز البتة للمشرع بعد أن يهدر أيا من هذين الضمانين – الأمر

القضـائي والمسـبب – اللذين قررهما الدسـتور لصـون حرمة المسـكن ، فيسـن قانونا يتجاهل أحد هذين الضمانين أو كليهما ، وإلا كان هذا القانون على غير سند من الشرعية الدستورية ، أما عبارة (وفقا لأحكام القانون) الواردة في عجز هذا النص فإنما تعني أن دخول المسـاكن ، أو تفتيشـها لا يجوز إلا في الأحوال المبينة في القانون ، من ذلك ما أفصح عنه المشرع في المادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية سالفة البيان من حظر دخول المسكن إلا في الأحوال المبينة في القانون أو في حالة طلب المساعدة من الداخل أو ما شـابه ذلك وأما ما نصـت عليه المادة ١٩١ من الدسـتور من أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صـدور هذا الدسـتور يبقى صـحيحا نافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور فإن حكمها لا ينصرف بداهة إلا الى التشريع الذي لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته ، بغير حاجة الى تدخل من المشـرع – ومن ثم يكون تسبيب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشـه ، إجراء لا مندوحة منه ، منذ العمل بأحكام الدستور دون تربص صـدور قانون أدنى ، ويكون ما ذهبت إليه النيابة العامة من نظر مخالف غير سـديد " (الطعن رقم ٢٠٠ لسـنة ٤٥ق جلسـة ١٩٧٥/٣/٢٤)

- **مناط انسحاب الحكم بعدم الدستورية الى الماضي ، فقد قضت محكمة النقض بأن** " الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هى لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مراكزا أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل ن بل هى تكشـف عن حكم الدسـتور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضـاء وترده الى مفهومه الصـحيح الذي يلازمه منذ صـدوره الأمر الذي يسـتتبع أن يكون للحكم بعدم الدسـتورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشـفة ، بيانا لوجه الصـواب في دسـتورية النص التشـريعي المطعون عليه منذ صـدوره ، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدسـتور وفي حدوده المقررة شـكلا وموضوعا ، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه ، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصـفه وتنعدم قيمته بأثر ينسـحب الى يوم صـدوره ، وفضـلا عن ذلك فإن المشـرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء . أما من تلقاء نفسـها أو بطريق الدفع من أحد الخصـوم ، وأوجب على الجهة القضـائية – عند الشـك في

عدم الدستورية – وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة ، إنما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية وهى منازعات تجور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فإذا لم يكن لهذا الحكم اثر رجعي ، لأصبح لزاما على قاضي الموضوع – الذي أرجأ تطبيق ١٩٦٤/٣/٢٤ تاريخ العمل بالقرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ فلا تجري مواعيد سقوط الحق خلال فترة سريانه ، وتعود فتستأنف سيرها بمجرد زوال سبب ، الوقف بنشر الحكم بعدم دستوريته في الجريدة الرسمية في ١٩٨٥/٣/٢١ " (الطعن رقم ٣٦٨٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٢)

- **ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " يدل نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ – الذي يحكم واقعة الدعوى – والمادة الأولى من قانون الإجراءات والرسوم أمام تلك المحكمة الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ على أن المشرع لم يوجب على المحكمة التي يثار أمامها دفع بعدم دستورية قانون في دعوى مطروحة عليها وقف السير فيها إذا هي ارتأت أن هذا الدفع لا يتسم بطابع الجد ولا ضرورة لحسم النزاع بشأنه قبل الفصل في موضوعها . لما كان ذلك ، وكان مناط اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين أن يكون أساس الطعن هو مخالفة التشريع لنص دستوري ، فلا يمتد لحالات مساس القوانين بالحقوق المكتسبة ، ومن ثم فإن ما أثاره الطاعن من عدم دستورية القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦٨ بشأن الحد الأدنى للأجور – بمقولة أن ذلك القانون يمس الحقوق المكتسبة له في ظل قوانين سابقة عليه هو أمر لا يتناوله اختصاص تلك المحكمة بما لازمه أن يكون الدفع بعدم دستورية القانون المذكور غير جدي " (الطعن رقم ١١٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١٠/٣٠)

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن " مفاد نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن المشرع خول للمحكمة سلطة تقدير مدى جدية الدفع بعدم

دستورية النص الذي يحكم واقعة النزاع فإذا ما رأت الدفع يقوم على أسباب جدية منحت الخصم الذي أثار الدفع أجلا لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم يرفعها في الأجل المحدد أو رأت أن أسباب الدفع بعدم الدستورية غير جدية استمرت في نظر الدعوى وذلك تقديرا منه لضرورة توافر المقتضى الذي يبرر وقف الدعوى لحين فصل المحكمة الدستورية العليا في الدفع المشار إليه حتى لا يتخذ هذا الدفع وسيلة لإطالة أمد التقاضي بغير مبرر مما لازمه أن تعرض المحكمة لكل الأسباب التي ساقها الخصم تأييدا للدفع المشار إليه وأن يكون استخلاصها في عدم جديته سائغا له أصله الثابت بالأوراق " (الطعن رقم ١٧٧٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٢) وبأنه " النص في المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ على أن تختص المحكمة العليا بالفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام المحاكم وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعادا حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن ، يدل على أن رفع الدعوى أمام المحكمة العليا لابد وأن يسبقه دفع بعدم الدستورية أمام المحكمة التي تنظر النزاع وتحدد هذه المحكمة للخصوم ميعادا لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا وعليهم أن يرفعوها في الميعاد الذي تحدده لهم المحكمة التي أثير أمامها الدفع وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استدل على عدم جدية الطاعن في دفعه بعدم دستورية المادة ١١٢ من القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ من عدم رفعه الدعوى بذلك من تلقاء نفسه مباشرة أمام المحكمة العليا ومن عدم طلبه ميعادا لرفعها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٩)

- **وتعد الأوضاع الإجرائية من النظام العام ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "**

وحيث إن ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية – وعلى ما جرى به قضاؤها – لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة في قانونها ، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية ، وإما لرفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي ، وقدرت محكمة الموضوع جدية دفعه ، وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلا جوهريا في التقاضي تغيا به المشرع مصلحة عامة ، حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها . إذ

كان ذلك ، وكان الثابت مما تقدم أن المدعية قصرت دفعها بعدم الدستورية على المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه ، فإن دعواها الدستورية لا تكون مقبولة بالنسبة الى المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لعدم اتصالها في هذا الشق بالمحكمة اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة قانونا " (الطعن رقم ٤٤ لسنة ١٧ق دستورية جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢)

- **واختصاص المحكمة الدستورية بالفصل في المسائل الدستورية مبناه مخالفة نص في قانون أو لائحة لقاعدة في الدستور فلا يمتد لأعمال السيادة أو مواد الدستور أو أحكام المحكمة الدستورية أو القرارات الإدارية أو حالات التعارض بين القوانين واللوائح أو بين التشريعات ذات المرتبة الواحدة ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن** " تنص المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والمعمول به اعتبارا من ٢١ سبتمبر سنة ١٩٧٩ على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور ... " ، ومؤدى ذلك أن ولاية هذه المحكمة لا تمتد الى تفسير نصوص الدستور الذي لم يصدر من أى من هاتين السلطتين وإنما أعلنته وقبلته ومنحته لأنفسها جماهير شعب مصر طبقا لما جاء في وثيقة إعلانه ، وهو ما يتعين معه عدم قبول الطلب " (حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٠/٣/١ في طلب التسفير رقم ١ لسنة ١ق ، منشور بمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزر الأول ص٢٠٩) وبأنه " قصر الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما ، ولايتها – في مجال مراقبة الشرعية الدستورية – على النصوص القانونية دون غيرها ، سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية ، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها الدستورية ، والقول بإخضاع الدستور لرقابتها ، يجاوز حدود ولايتها ، ويقوض تخومها " (حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٤/٢/٥ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ق دستورية المنشور في مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في الجزء السادس ص١٤٠) وبأنه " إذ كان الدستور هو القانون الأعلى الذي يرسي الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم ، محددا لكل سلطة عامة وظائفها ، مرتبا الحدود والقيود الضابطة لحركتها ن مفصلا الحقوق والحريات العامة ، كافلا

ضماناتها الأساسية ، وكانت مظنة الخروج على أحكامه لا تنحصر في النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية ، بل تتعداها الى كل قاعدة عامة مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية في إطار صلاحيتها التي ناطها الدستور بها ، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية ، إنما يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم محددا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص في التشريعات الأصلية أو الفرعية ، ولا كذلك القرارات الإدارية الفردية ، إذ لا تمتد إليها هذه الرقابة مهما بلغ خطرها أو درجة انحرافها عن أحكام الدستور ، أو وجه خروجها عليه ، ذلك أن المراكز القانونية التي تنشئها أو تعدلها ، لا تعدو أن تكون مراكز فردية و خاصة تقتصر آثارها على أشخاص معينين بذواتهم ، وأنه وإن صح القول بأن القرارات الإدارية الفردية هى تطبيق لقاعدة قانونية أعلى ، إلا أن صدورها إعمالا لها ، لا يغير من خصائصها ، بل تظل في محتواها منشئة لمراكز فردية أو ذاتية أو معدلة لها ، وهى مراكز تختلف بالضرورة عن ذلك المركز القانوني العام المجرد المتولد عن القانون " (الطعن رقم ٣٩ لسنة ٩ق دستورية جلسة ١٩٩٢/١١/٧) وبأنه " ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا ، هو أن اختصاصها بالفصل في المسائل الدستورية ، مبناه مخالفة نص في قانون أو لائحة لقاعدة في الدستور ، فلا يمتد لحالات التعارض بين القوانين واللوائح ، أو بين التشريعات ذات المرتبة الواحدة " (الطعن رقم ٢٢ لسنة ١٢ق دستورية جلسة ١٩٩٤/١/١)

- **وإلغاء المشرع لقاعدة قانونية لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن** " وحيث أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها ، لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها ، وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة . ذلك أن الأصل في تطبيق القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التي تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعيض عنها بقاعدة قانونية أخرى ، فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من هاتين القاعدتين . فما نشأ في ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل خاضعا لحكمها وحدها ، إذ كان ذلك ،

وكان الطعن المقدم من المدعين بعدم دستورية المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السالف بيانها ، قد توخى إبطال ما قررته من عدم جواز الطعن في الحكم الصادر من محكمة العريش الجزئية في الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٣ إلا بطريق المعارضة كلا ينفتح أمامهم طريق الطعن في هذا الحكم استئنافيا فإن مصلحتهم الشخصية المباشرة تنحصر في هذا النطاق ولا تتعداه " (الطعن رقم ٢٩ لسنة ١٥ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٢/٤)

- **الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا :** الأساس الذي تقوم عليه الحجية المطلقة للأحكام الدستورية ، أن الخصومة في الدعوى الدستورية هى خصومة عينية توجه الى النص المطعون بعدم دستوريته ، فالدعوى الدستورية هى مخاصمة للقانون ذاته ، فإذا اقتصر الاحتجاج بالحكم القاضي بعدم دستورية النص على من كان طرفا في الخصومة ، وفقا لقاعدة الحجية النسبية للأحكام ، وظل النص غير الدستوري قائما بالنسبة الى غيرهم فإن ذلك سوف ينطوي على إهدار لمبدأ دستوري هو المساواة أمام القانون . (المستشار شفيق إمام ، مرجع سابق ص٢٤٢)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " وكان مقتضى أحكام المادتين ٤٨ ، ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة الى الدولة بسلطاتها المختلفة ، باعتباره قولا فصلا في المسألة المقضي فيها ، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد ، ومن ثم فإن الدعوى الراهنة تغدو غير مقبولة " (القضية رقم ٤٦ لسنة ٢٣ق دستورية جلسة ٢٠٠٤/٤/٤) وبأنه " وحيث إن هذه المحكمة سبق أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في هذه الدعوى بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/٥/١٥ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ق دستورية ، والقاضي برفض تلك الدعوى ، وقد نشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بالعدد رقم ٢٢ تابع بتاريخ ١٩٩٣/٦/٥ ، وكان مقتضى أحكام المادتين ٤٨ ، ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، وبالنسبة الى الدولة بسلطاتها المختلفة ، باعتباره قولا فصلا في المسألة المقضي فيها ، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد

لمراجعته ، فإن الدعوى الراهنة تكون غير مقبولة " (القضية رقم ٨٢ لسنة ٢٣ق دستورية جلسة ٢٠٠٤/٤/٤) وبأنه " أن الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور قد نصت على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ...." ، كما قضت المادة ١٧٨ من الدستور بأن " تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية " ، ونصت المادة ١/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ... ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة " – ومؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية – وهى بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها الى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري – تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر الى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة ، سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم الى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس ، وذلك لعموم نصوص المادتين ١٧٥ ، ١٧٨ من الدستور والمادة ١/٤٩ من قانون المحكمة المشار إليه ، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هى رقابة شاملة تمتد الى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه أو الى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب أو أوجه البطلان " (الطعن رقم ٤٧ لسنة ٤ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٢/٢١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن " الخصومة في الدعوى الدستورية – وهى بطبيعتها من الدعاوى العينية – قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحريا لتطابقها معها إعلاءً للشرعية الدستورية ، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هى موضوع الدعوى الدستورية ، أو هى بالأحرى محلها ، وإهدارها بقدر تهاترها مع أحكام الدستور – هى الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة وقضاء المحكمة في شأن تلك النصوص هو القاعدة الكاشفة عن حقيقة الأمر في شأن صحتها أو بطلانها " ، فإن لازم ذلك ومقتضاه أن الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية لا تنحصر حجيتها في خصوم الدعوى الدستورية ، وإنما تمتد إلى الدولة بكافة أفرعها وتنظيماتها ، ويتم إعمال أقرها على الناس كافة دون تمييز ، فلا يجوز تطبيق النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها اعتبارا من اليوم التالي لنشر

الحكم الصادر بشأنها في الجريدة الرسمية " (الطعن رقم ٧٠٣ ، ١١٧١ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٢) وبأنه " بتاريخ ٢٢ من فبراير سنة ١٩٩٧ صدر حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ٤٨ لسنة ١٧ق دستورية بعدم قبول الدعوى المقامة للحكم بعدم دستورية المادتين ٢٦ ، ٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه والمادتين ٦ ، ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه تأسيسا على انتفاء المصلحة في الدعوى . لما كان ذلك ، وكانت الحجية المطلقة قبل الكافة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية والتي تلتزم بها جميع سلطات الدولة هى – فحسب – للأحكام التي انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو الى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس ، ذلك أن علة عينية الدعوى الدستورية والحجية المطلقة للحكم الصادر في موضوعها ، والتزام الجميع به ، لا تتحقق إلا في هذا النطاق بافتراض قيامه بمقابلة النصوص التشريعية المدعى لمخالفتها للدستور والقيود التي فرضها لضمان النزل عليها ، والكشف عن مدى دستورية النصوص التشريعية سواء بتقدير سلامتها من جميع العيوب الشكلية والموضوعية الدستورية سواء بتقدير سلامتها من جميع العيوب الشكلية والموضوعية الدستورية فلا يكون لأحد من بعد أن يدعى خلاف ما قررته أو ببطلانها فلا يجوز من بعد تطبيقها ، وإذ اقتصر حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم ٤٨ لسنة ١٧ق دستورية المشار إليه على القضاء بعدم قبول الدعوى ، دون أن يفصل في موضوعها بدستورية أو بعدم دستورية المادتين ٢٦ ، ٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمادتين ٦ ، ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، وكان الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية فإبطالها لا يكون ألا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل لديها ، ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا لا يجوز بحال وقف سريانها " (الطعن رقم ١١٨٣٨ لسنة ٦٠ق الهيئة العامة للمواد الجنائية جلسة ١٩٩٧/٤/١٣)

- **ويجب التزام المحاكم بجميع درجاتها بحكم الهيئة العامة للمواد الجنائية ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " لا محل للعودة لبحث ما إذا كان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ يعتبر قانونا أصلح للمتهم . ولا لما جاء بتقريرات الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ق بصدد ذلك بعد أن قضت الهيئة العامة للمواد الجنائية بتاريخ ١٣ من أبريل سنة ١٩٩٧ – في الطعن رقم ١١٨٣٨ لسنة

٦٠ق – بأن الجرائم التي وقعت طبقا لنصوص القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تظل قائمة خاضعة لأحكامها حتى بعد صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والعمل بأحكامه ولا يمتد إليها أحكام هذا القانون بأثر رجعي لتخلف مناط إعمال هذا الأثر ، وهو قضــاء لا ينال منه قضــاء المحكمة الدستورية اللاحق فيما أسمته منازعة التنفيذ رقم ١ لسنة ١٩ق والذي جاء رجع صدى لتقريرات الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية – والتي عرض لها حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية وتكفل بالرد عليها من واقع نصوص القانون الأخير الذي لم يلغ أو يعدل تنظيم الخطاب الموجه بالقانونين السابقين ، وبما أورده – حكم الهيئة – من أن الحجية المطلقة قبل الكافة للأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية والتي تلتزم بها جميع سلطات الدولة هى – فحسب – للأحكام التي انتهت إلى عدم دستورية التي التشريعي المطعون فيه أو إلى دســتوريته ورفض الدعوى على هذا الأســاس – باعتبار أن ذلك هو الذي يدخل في ولايتها واختصاصـها بحسـب القانون الذي يحكمها لا بحسـب ما تراه هى – ومن ثم ينصـرف إليه الإلزام ، ولا كذلك ينصــرف الإلزام المطلق لأى تقرير واقعي أو قانوني لم يكن موضــوع الدعوى الدســتورية المراد اســتظهار مدى اختلافه أو اتفاقه مع الدسـتور ، وبما قرره حكم الهيئة أيضـا من أن اختصـاص المحكمة الدسـتورية بتفسـير النصـوص التشـريعية – وعلى ما أفصـحت عنه المذكرة الإيضـاحية لقانونها وجرى عليه قضاؤها – لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها ما لم يصــدر بشــأن النص المطروح أمامها تفســير ملزم من الســلطة التشــريعية أو من المحكمة الدستورية طبقا للأوضاع المقررة في قانونها بشأن طلبات التفسير ، وإذ كان لا ارتباط بين القول بأن قانونا ما أصــلح للمتهم من قانون ســابق عليه وبين القول بعدم دســتورية القانون الســابق لأن المناط في اعتبار القانون أصلح قد يتحقق رغم دستورية أو عدم دستورية أى من القانونين السابق أو اللاحق أو كليهما ، ولو في غير مســاس بحرية المتهم الشـخصــية ومن ثم جاء قضــاء الهيئة العامة للمواد الجنائية صــائبا في أن التفســيرات والتقريرات القانونية التي وردت في مدونات الحكم بعدم قبول الدعوى الدســتورية – ولو تضمنها منطوق ما سمى بالمنازعة التنفيذية – لا يفيد محكمة النقض مادامت المحكمة الدستورية لم تنته إلى دستورية أو عدم دستورية النص المطعون عليه ولا هى قامت بتفسير نص تشريعي أو جنائي آخر طبقا

للمقرر في شأن طلبات التفسير ، ولما كان إعمال القانون الأصلح عملا بالفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات – باعتباره قيدا على سريان النص العقابي من حيث الزمان هو مما يدخل في اختصاص محكمة النقض ومن أكثر ما تقوم بتطبيقه منذ إنشائها سنة ١٩٣١ بغير دعوى ولا طلب – بحسبانها من قديم الضمان الأوفى للحريات والسياج الأرحب لأمن المجتمع ولها الأثر الواضح في توجيه المشرع بما ترسيه من مبادئ وأحكام انتظمها أسلوبها القضائي الرصين طوال تاريخها الذي تعاظم فيه دورها في فهم القانون وسلامة تطبيقه وتوحيد أحكام المحاكم عليه لذا لم يكن لمحكمة من بعد أن تترخص في قبول دعوى بطلب إلزام الهيئة العامة للمواد الجنائية وحكمها ملزم لمحكمة الموضوعي الجنائية – عملا بالفقرة الثانية من المادة ٤٤ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض – إلزاما غير مسبوق بحسبان الهيئة وكما جاء بقضائها لا تعلوها محكمة تراقبها ولا لإلزام من غيرها من المحاكم إلا ما تلزم هى به نفسها نزولا على مقتضى صحيح القانون " (الطعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ق جنائي جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠)

- **صحة الحكم من الناحية الدستورية رهينة بما تمليه المبادئ الأساسية في الدستور ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذ كان البين من مدونات الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الدعويين رقمى ١٣٩ ، ١٤٠ لسنة ٥ق قيم دستورية الصادر بجلسة ١٩٨٦/٦/٢١ أنه أقام قضاءه على ما أورده من أن " تقرير عدم رد بعض الأموال والممتلكات عينا إلى أصحابها الذي نصت عليه المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ المطعون عليه لا يعدو أن يكون استثناء من القواعد المقررة في القانون المدني لبيع ملك الغير تقديرا من المشرع بأن استرداد تلك الأموال والممتلكات من الحائزين لها مدة طويلة رتبوا على أساسها أحوالهم المعيشية أمر يتعارض مع مقتضيات السلام الاجتماعي ويمس بعض الأوضاع الاقتصادية والسياسية في الدولة ويبرر الالتجاء إلى التنفيذ بطريق التعويض بدلا من التنفيذ العيني ... وأن المشرع وإن كان يملك تقرير الحكم التشريعي المطعون عليه تنظيما لحق الملكية في علاقات الأفراد بعضهم ببعض على ما تقدم إلا أن صحة هذا الحكم من الناحية الدستورية رهينة بما تمليه المبادئ الأساسية في الدستور التي تصون الملكية الخاصة وتنهي عن حرمان

صاحبها منها إلا مقابل تعويض يشترط فيه لكى يكون مقابلا للأموال والممتلكات التي تنازلها التنظيم أن يكون معادلا لقيمتها الحقيقة وهى في الدعوى الماثلة قيمتها وقت إقرار بيعها بمقتضى النص المطعون عليه إذ بتحقق هذا الشرط يقوم التعويض مقام الحق ذاته ويعتبر بديلا عنه . لما كان ذلك ، وكان التعويض الذي قررته المادة الثانية من القرار بقانون المطعون عليه عن الأموال والممتلكات التي استثنيت من قاعدة الرد العيني ينحدر الى حد يباعد بينه وبين القيمة الحقيقة لتلك الأموال والممتلكات والتي زادت أضعافا مضاعفة الأمر الذي يزايله وصف التعويض بمعناه السالف بيانه كشرط لازم لسلامة النص التشريعي المطعون عليه من الناحية الدستورية وبالتالي يكون هذا النص فيما قضى به من إقرار بيع تلك الأموال والممتلكات بغير رضاء ملاكها ودون تعويضهم عنها تعويضا كاملا منطويا على اعتداء على الملكية بالمخالفة لحكم المادة ٣٤ من الدستور التي تنص على أن الملكية الخاصة مصونة مما يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ المطعون عليه فيما نصت عليه من استثناء الأموال والممتلكات التي أشارت إليها من قاعدة الرد العيني مقابل التعويض الذي حددته " ، وكانت هذه الأسباب واضحة الدلالة على أن القضاء بعدم دستورية المادة سالفة الذكر يقتصر على عناصر التعويض التي حددتها عند تعذر الرد العيني للأموال والممتلكات وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه يكون على غير أساس " (الطعن رقم ١٢٢٧ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/١١/١٨)

- **ويترتب على نشر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي امتناع تطبيقه من اليوم التالي للنشر على الوقائع كافة حتى ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " لئن كان مؤدى نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية أنه يترتب على نشر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي امتناع تطبيقه منذ اليوم التالي للنشر على الوقائع كافة حتى ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية ، وهو ما ينفي الوجود القانوني للنص ، وتبقى صلاحيته لإحداث الأثر الأصلي المقصود من التشريع وهو حكم الروابط والوقائع التي تقع في نطاق سريانه ، إلا أن الحكم بعدم الدستورية لا ينفي أن هذا النص كان له وجود فعلي خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ

الحكم بعدم دستوريته بمظهر النص القانوني الصحيح واجب الاتباع ، فانخدع به بعض الأفراد وباشروا تصرفاتهم على هذا الأساس فوقعوا في الغلط بحسن نية نتيجة لخطأ المشرع ، وفي هذه الحالة ينتج النص غير الدستوري أثرا عرضيا على التصرفات القانونية بمقدار تأثيره على إرادة الأفراد الذين خدعهم وجوده ، وهو واقع يتعين اعتباره عند تقييم هذه التصرفات تمهيدا لتطبيق النص القانوني الصحيح المتفق مع الدستور باعتباره وحده هو الواجب التطبيق وهذا ما درج عليه المشرع ، فرغم أنه من المفترض علم الكافة بالقانون على وجهه الصحيح ، فقد اعتد بالجهل بالقانون في تقديره لصحة الإرادة فنصت المادة ١٢٢ من القانون المدني على أنه " يكون العقد قابلا للإبطال للغلط في القانون " ، كما أعفت المادة ١٦٧ من القانون المدني الموظف من المسئولية عن عمله الذي أضر بالغير إذا كان تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس يعتقد أن طاعته واجبة . متى كان يعتقد مشروعية العمل غير المشروع الذي وقع منه. كما راعى حسن النية لاستقرار التعامل حين حمى المتعاملين مع صاحب الوضع الظاهر ، كما جرى قضاء هذه المحكمة على أن النصوص المانعة من التقاضي تعتبر من أسباب وقف التقادم في الفترة من تاريخ نفاذها لحين الحكم بعدم دستوريتها ، لأنها أثرت على إرادة المخاطبين بأحكامها فمنعتهم من المطالبة بحقوقهم رغم انعدامها لأن امتناع تطبيق النصوص لا يمنع من اعتبار أثر وجودها على إرادة المخاطبين بها " (الطعن رقم ١١٦٠ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/١٠/٤) وبأنة " الحكم الصادر من المحكمة الدستورية في الطعن ٤٩ لسنة ١٨ق المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٧ بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٤٠ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والتي بينت الحالات التي يجوز فيها للمستأجر أن يؤجر المكان خاليا أو مفروشا ، يترتب عليه أن يمتنع تطبيق هذا النص اعتبارا من ١٩٩٧/١١/٢٨ بحيث لا يجوز لحكم أن يقيم قضاءه على أن إجازة تمت استنادا لهذا النص هى إجازة صحيحة حتى ولو كان ذلك قبل نشر الحكم بعدم الدستورية ، إلا أن ذلك لا يمنع المحاكم من أن تبحث أثر وجود هذا النص وظهوره بمظهر النص الدستوري على إرادة المستأجر الذي التزم بالنص واعتقاده بمشروعية التأجير من الباطن ، ولم تتجه نيته الى مخالفة القانون ولا مخالفة الشروط المانعة من التأجير من الباطن الواردة في عقده الأصلي مما ينفي عنه قصد المخالفة الذي هو أحد عناصر الخطأ الموجب لإخلاء المستأجر الأصلي عند التأجير من

الباطن ، وذلك كله مع التسليم بأن الإجارة المبرمة عملا ل نص المادة ٤٠ مخالفة للعقد الأصلي وغير صحيحة ولا نافذة في حق المؤجر لأنها استندت إلى نص قضى بعدم دستوريته " (الطعن رقم ١١٦٠ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/١٠/٤)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " وحيث أن ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها ، لا يجوز تطبيقها اعتبارا من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية ، لا يعني أن لهذه الأحكام أثرا مباشرا لا تتعداه ، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها . ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة ٤٩ المشار إليها ، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضى بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها ، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها ، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها ، يؤيد ذلك أن الآثار التي ترتبها الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية ، لا يمكن صلها عن الأوضاع والعلائق السابقة عليها بعد أن مسها النص المطعون فيه مؤثرا في بنيانها ، ومن ثم كان تصويبها من خلال الدعوى الدستورية لازما لرد الأضرار التي لحقها أو التي تهددها ، ويقتضي بذلك بالضرورة أن يكون قضاء المحكمة الدستورية العليا بإبطال النص المطعون فيه منسحبا إليها ، ليعيدها إلى الحالة التي كانت عليها قبل سريان النص الباطل في شأنها ، ولا مجافاة في ذلك لقواعد القرابة القضائية على الشرعية الدستورية ، ولا لمقاصد الدستور ، ذلك أن مباشرة هذه المحكمة لتلك الرقابة ، غايتها تقرير اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور أو مجازاتها للضوابط التي فرضها ، وتقيمها لهذه النصوص لا ينفصل عما يكون قد اعتراها من عوار عند إقرارها أو إصدارها ، فلا تكون عيوبها أمرا طارئا عارضا عليها ، بل كامنا فيها ، ولصيقا بها منذ ميلادها ، ومتصلا بها – لزوما – اتصال قرار بما يشوها ، وكشفها عن عيوبها هذه ليس إلا إعلانا عن حقيقتها ، وإثباتا لها ، ولا يتصور بالتالي أن تضيفها إليها ، ولا أن تكون من خلقها أو تصورها ، ولا أن تقحمها على نصوص قانونية خلت منها ، بل هى تجليها ، محددة من خلال حكمها – وعلى ضوء أحكام الدستور – القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها في النزاع الموضوعي ، وهى بعد قاعدة ينبغي إعمالها بافتراض أن النص الباطل منعدم ابتداء لا انتهاء ، فلا يكون قابلا للتطبيق إلا منذ أن نشأ معيبا . ذلك أن إبطال هذه المحكمة للنصوص

القانونية المخالفة للدستور يعتبر تقريرا لزوالها نافيا وجودها منذ ميلادها ، وقضاؤها بصحتها ، يؤكد استمرار نفاذها تبعا لخولها من كل عوار يدينها ، وليس مفهوما أن تكون واقعة نشر الأحكام الصادرة بعدم دستورية بعض النصوص القانونية – في ذاتها – حدا زمنيا فاصلا بين صحتها وبطلانها ، فلا يكون النص الباطل منعدما إلا اعتبارا من اليوم التالي لهذا النشر ، والقول بذلك مؤداه أن يكون التقاضي جهدا ضائعا وعملا عبثيا ، وأن للنص القانوني الواحد مجالين زمنيين ، يكون صحيحا في أحدهما ، وباطلا في ثانيهما ، حال أن بطلان النصوص القانونية لا يتجزأ ، ويستحيل أن ينقلب العدم وجودا ، ولا أن يكون مداه متفاوتا أو متدرجا ، فالساقط لا يعود أبدا ، وحيث أن قانون المحكمة الدستورية العليا – ضمانا لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها عدوانا – قد نص في المادة ٤٩ منه ، على أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي ، فإن أحكام الإدانة الصادرة استنادا إليه ، تعتبر كأن لم تكن ، وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها ، ولو صار الطعن فيها ممتنعا ، لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها ، وتلك هى الرجعية الكاملة التي أثبتها قانون الحكمة الدستورية العليا لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية ، وهى بعد رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها ، بل يكون أثرها جارفا لكل عاتق على خلافها ولو كان حكمها نهائيا . فإن كان قضاؤها مبطلا لنص غير جنائي ، فإن أثره الرجعي يظل جاريا ومنسحبا إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرا فيها ، حتى ما كان منها سابقا على نشره في الجريدة الرسمية ، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان أولهما : أن يكون حائزا لقوة الأمر المقضي ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا صار نهائيا ، ثانيهما : أن يكون صادرا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ، ومحمولا على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطلانها ، وحيث أن من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا – أن محكمة الموضوع دون غيرها هى التي تتولى بنفسها إعمال آثار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية ويندرج تحتها رجعيتها محددة نطاقها على النحو المتقدم ، فإن دعوى المحكمة الدستورية العليا الى إعمال الأثر الرجعي للحكم الصادر عنها في القضية رقم ٢٧ لسنة ١٦ق دستورية تجاز حدود ولايتها ، وإذ نشر حكمها في هذه القضية ، قبل رفع الدعوى الماثلة ، فإن الحكم بعدم قبولها يكون لازما " (الطعن رقم ٢٢ لسنة ١٨ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١١/٣٠)

- **واســـتثناء من الأثر الرجعي بعدم دســـتورية النص المراكز والحقوق التي اســـتقرت عند صدوره بانقضاء مدة التقادم أو الأحكام التي حاز قوة الأمر المقضي ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " مفاد نص المادتين ٢٩ ، ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية وما ورد في المذكرة الإيضاحية في شأن المادة الأخيرة أنه يمتنع على أى محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي – وأيا كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها – اختصها المشرع بالفصل في نزاع معين ، إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المطروح عليها ، إذا تراءى لها مصادمته للدستور ، فإذا عرض أمر هذا النص على المحكمة الدستورية العليا وقضت بعدم دستوريته فإنه لا يجوز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، ولا ينصرف هذا الأثر الى المستقبل فحسب ، وإنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بانقضاء مدة التقادم ، أو بصدور حكم حائز قوة الأمر المقضي وهو لا يحوزها إلا باستنفاذه طرق الطعن جميعا بما فيها طريق الطعن بالنقض " (الطعن رقم ١٤٨٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٣١)

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن " جرى قضاء محكمة النقض على أن المركز الناشئ عن إعمال الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي كانت تقضي بامتداد عقد الإيجار إلى من كان يقيم مع المستأجر الأصلي من الأقارب والأصهار حتى الدرجة الثالثة لمدة سابقة على وفاة المستأجر الأصلي أو مدة شغله العين والتي قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريتها بأحكامها الصادرة بجلسة ١٩٩٥/٣/١٨ في الدعوى ٦ لسنة ٩ق دستورية بجلسة ١٩٩٧/١/٤ في الدعوى ٣ لسنة ١٨ق دستورية بجلسة ١٩٩٧/٨/٢ في الدعوى ١١٦ لسنة ١٨ق دستورية ، تستثنى من الأثر الرجعي لهذه الأحكام متى استمرت بعد وفاة المستأجر الأصلي أو تركه العين مدة خمسة عشر عاما سابقة على العمل بتلك الأحكام " (الطعن رقم ٢٣١٤ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٩)

- **الحكم بعدم دستورية نص تشريعي . أثره . عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره . انسحاب هذا الأثر على الوقائع كافة ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية .**

م٤٩ ق المحكمة الدستورية : الوجود الفعلي للنص وظهوره ، بمظهر النص القانوني الواجب الاتباع خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ الحكم بعدم دستوريته . يرتب أثرا عرضيا على التصرفات القانونية بمقدار تأثيره على إرادة الأفراد الذين خدعهم وجوده . وجوب اعتباره عند تقييم هذه التصرفات تمهيدا لتطبيق النص القانوني الصحيح المتفق مع الدستور .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " لئن كان مؤدى نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية أنه يترتب على نشر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي امتناع تطبيقه منذ اليوم التالي للنشر على الوقائع كافة حتى ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية ، وهو ما ينفي الوجود القانوني للنص ، وتبقى صلاحيته لإحداث الأثر الأصلي المقصود من التشريع وهو حكم الروابط والوقائع التي تقع في نطاق سريانه ، إلا أن الحكم بعدم الدستورية لا ينفي أن هذا النص كان له وجود فعلي ظهر خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ الحكم بعدم دستوريته بمظهر النص القانوني الصحيح واجب الاتباع ، فانخدع به بعض الأفراد وباشروا تصرفاته على هذا الأساس فوقعوا في الغلط بحسن نية نتيجة لخطأ المشرع ، وفي هذه الحالة ينتج النص غير الدستوري أثرا عرضيا على التصرفات القانونية بمقدار تأثيره على إرادة الأفراد الذين خدعهم وجوده ، وهو واقع يتعين اعتباره عند تقييم هذه التصرفات تمهيدا لتطبيق النص القانوني الصحيح المتفق مع الدستور باعتباره وحده هو الواجب التطبيق وهذا ما درج عليه المشرع ، فرغم أنه من المفترض علم الكافة بالقانون على وجهه الصحيح . فقد اعتد بالجهل بالقانون في تقديره لصحة الإرادة فنصت المادة ١٢٢ من القانون المدني على أنه " يكون العقد قابلا للإبطال للغلط في القانون " ، كما أعفت المادة ١٦٧ من القانون المدني الموظف من المسئولية عن عمله الذي أضر بالغير إذا كان تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس يعتقد أن طاعته واجبة ، متى كان يعتقد مشروعية العمل غير المشروع الذي وقع منه ، كما راعى حسن النية لاستقرار التعامل حين حمى المتعاملين مع صاحب الوضع الظاهر ، كما جرى قضاء هذه المحكمة على أن النصوص المانعة من التقاضي تعتبر من أسباب وقف التقادم في الفترة من تاريخ نفاذها لحين الحكم بعدم دستوريتها ، لأنها أثرت على إرادة

المخاطبين بأحكامها فمنعتهم من المطالبة بحقوقهم رغم انعدامها لأن امتناع تطبيق النصوص لا يمنع من اعتبار أثر وجودها على إرادة المخاطبين بها " (الطعن رقم ١١٦٠ لسنة ٦٧ق دستورية جلسة ١٩٩٩/١٠/٤)

- **تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا غاير في تقرير الأثر المباشر للأحكام الدستورية بين النص الضريبي والنص غير الضريبي ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "**

وحيث أنه لما كان من المقرر أن لمحكمة النقض من تلقاء نفسها كما يجوز للخصوم والنيابة العامة إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو في صحيفة الدعوى متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم ، ولما كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وإن نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم إلا أنه لا مراء في أن مؤدى الحكم بعدم دستورية نص على ما يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون آنف الإشارة إليه لا ينصرف الى المتقبل فحسب وإنما يرتد الى الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره التي لن تستقر نهائيا بعد وذلك حماية للأوضاع التي استقرت قبل صدوره وعدم المساس بها وهو ما لا يتأتى إلا بصيرورة الحكم الصادر فيها باتا أو إذا لحقها التقادم ولا يغير من ذلك صدور قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ يجعلها " ، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر . إذ لم يأت هذا التعديل بما يلغي الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية العليا باعتباره أصلا في هذه الأحكام ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص يكشف عن وجود عيب خالط النص منذ نشأته أدى إلى وأده في مهده بما تنتفي معه صلاحيته لترتيب أى أثر منذ تاريخ نفاذه كما يكشف عن وجود حكم قانوني مغاير واجب الاتباع بحجية الحكم الصادر بعدم الدستورية وهو ما يتجافى مع القول بانعدام الأثر الرجعي ذلك أن مفاد عموم النص المشار إليه وإطلاقه أنه ليس يلازم أن يكون التاريخ الذي تحدده المحكمة الدستورية في هذه الحالة تاليا لتاريخ نشر الحكم في

الجريدة الرسمية مما مؤداه أن هذا التعديل حمل في طياته موجبات ارتداده إلى الأصل العام المقرر لبطلان النص المقضي بعدم دستوريته منذ نشأنه إعمالا للأثر الكاشف لأحكام تلك المحكمة وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقرار بالقانون المشار إليه من أن هذا التعديل استهدف . أولاً : تخويل المحكمة سلطة تقرير اثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها . ثانياً : تقرير أثر مباشر للحكم إذا كان متعلقا بعدم دستورية نص ضريبي مما مؤداه أنها غايرت في الحكم ما بين النص الضريبي المقضي بعدم دستوريته بتقرير أثر مباشر له وبين الحكم بعدم دستورية نص غير ضريبي وذلك بتقرير اثر رجعي له كأصل عام مع تخويل المحكمة الدستورية سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة الدستورية قد قضت في حكمها الصادر بتاريخ ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنه من حظر احتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد دون مقتضى وقد أدرك الدعوى قبل أن يصير الحكم فيها باتا وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند من وجود مقتضى لاحتجاز المطعون ضده للشقة محل النزاع فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة في القانون ويضحى النعى عليه بأوجه الطعن أيا كان وجه الرأى فيها غير منتج " (الطعن رقم ٣٢٦٤ لسنة ٦٤ق دستورية جلسة ١٩٩٩/٥/٢٣)

- **تشريع الضرورة :** تشريع الضرورة هو قرار بقانون يصدره رئيس الجمهورية في غيبة البرلمان لمواجهة حالة من حالات الضرورة ، ومن المعروف أن البرلمان لا ينعقد بصفة دائنة ن بل توجد فترات يكون فيها البرلمان معطلا إما بسبب حله أو وقف جلساته ، أو بسبب أجازته السنوية التي تقع ما بين دورين من أدوار الانعقاد . فإذا طرأت في فترة من هذه الفترات حالة من حالات الضرورة التي تستدعى إصدار تشريع يواجهها ، يكون من الواجب إعطاء رئيس الجمهورية الحق في إصدار مثل هذا التشريع على سبيل الاستثناء ، مع اتخاذ الضمانات اللازمة بإخضاع قرار رئيس الجمهورية لرقابة البرلمان اللاحقة ، بحيث يصير التشريع وكأنه صدر من السلطة التشريعية في آخر الأمر ، وقد نص دستور سنة ١٩٧١ على غرار

الدساتير السابقة عليه ، على إعطاء رئيس الجمهورية الحق في إصدار تشريعات الضرورة في المادة ١٤٧ منه ، وطبقا لهذا النص يشترط أن توجد حالة من حالات الضرورة التي تستدعى إصدار التشريع ، دون انتظار انعقاد مجلس الشعب ، والقول بوجود مثل هذه الحالة يخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية ، ولا ضرر في ذلك طالما أن التشريع الذي سيصدره ، سيخضع في مجموعه لرقابة مجلس الشعب الذي سيعرض عليه التشريع بعد إصداره ، ويجب أن يطرأ حالة الضرورة في فترة لا يكون مجلس الشعب فيها منعقدا إما بسبب وقفه أو حله أو تعطله ما بين أدوار الانعقاد ، وقد ذهب رأى في ظل دستور سنة ١٩٢٣ الى أنه لا يجوز إصدار تشريع الضرورة في حالة حل المجلس أو تأجيله ، اعتمادا على نص المادة ٤١ من الدستور المذكور التي كانت تجيز إصدار مثل هذا التشريع ، فيما بين أدوار انعقاد البرلمان " ، ولا يشمل ذلك – حسب هذا الرأى – حالة حل المجلس أو تأجيله ، ومع ذلك فإن نص المادة ١٤٧ من دستور سنة ١٩٧١ يشير بصراحة الى أن إصدار تشريع الضرورة جائز سواء فيما بين أدوار انعقاد المجلس أو في حالة حله أو وقفه ، ويجب أن يصدر تشريع الضرورة موافقا للدستور ، فلئن كان هذا التشريع يستطيع تعديل القوانين العادية إلا أنه لا يستطيع مخالفة الدستور الذي يسمو على كل التشريعات العادية ، سواء ما يصدر منها عن السلطة التشريعية وهذا هو الأصل ، أو ما يصدر منها عن السلطة التنفيذية بطريق الاستثناء . فالسلطة التنفيذية البديلة لا يجوز أن تملك أكثر مما تملكه السلطة التشريعية الأصيلة ، وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ ينص صراحة على هذا الحكم الذي لا يحتاج في تقريره إلى نص خاص ، فهو مستمد مباشرة من مبدأ علو الدستور ، ولذلك فإن إغفال النص على هذا الحكم في الدساتير اللاحقة لدستور سنة ١٩٢٣ ، لا يغير من الأمر شيئا ، إذ من غير المتصور أن يجيز أى دستور الخروج على أحكامه بواسطة قرارات من رئيس الجمهورية ، حيث لا يجيز ذلك للتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية ، وحتى تتحقق رقابة مجلس الشعب على تشريع الضرورة ، فإنه يجب على رئيس الجمهورية أن يعرض التشريع الذي يصدره على المجلس خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إصداره إذا كان المجلس قائما ، أو في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته . فإذا لم يعرض التشريع زال بأثر رجعي ما كان له من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك من المجلس. أما إذا عرض ولم يقره المجلس ،

زال بأثر رجعي أيضا ما كان له من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذه في الفترة السابقة ، أو تسوية ما ترتب على آثاره بوجه آخر ، وهكذا يتضح أن تشريع الضرورة يصدر من رئيس الجمهورية ابتداء ، ولكنه لا يظل قائما ما لم يحصل على موافقة مجلس الشعب عليه . (انظر في كل ما سبق الدكتور سمير تناغو ، مرجع سابق ، محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ص٤٢١ وما بعدها)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " وحيث إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءا بدستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمينها لأحكامها في صلبها تمكينا للسلطة التنفيذية – حال غيبة السلطة التشريعية – من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها الى الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير من شأنها ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير ، وتطبيقا لها ، مبررا بحالة الضرورة ومستندا إليها وبالقدر الذي يكون متناسبا مع متطلباتها ، بوصفها تدابير من طبيعة استثنائية ، وقد حرص المشرع الدستوري على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية – في مجال ممارسة الوظيفة التشريعية – من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها إلى ممارسة الوظيفة التشريعية – من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها إلى ممارسة تشريعية مطلقة تتغول بها السلطة التنفيذية على الولاية التشريعية المعقود دستوريا لمجلس الشعب ذلك أن نصوص الدستور إنما تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدول ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وأحقها بالنزول على أحكامها ، وهذه القواعد والأصول هى التي يرد إليها الأمر في تحديد ما تتولاه السلطات العامة من طوائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى لا تدخل في نطاقها بل تعد استثناء من الأصل العام الذي يقضي بانحصار نشاطها في المجال الذي يتفق نع طبيعة وظيفتها ، وإذ كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر والتحديد وبين بصورة تفصيلية ضوابط وحدود ممارستها – مقيد على مبدأ الفصل بين السلطات الذي ألتزمه الدستور الحالي الصادر عام ١٩٧١ منحازا بذلك إلى القيم الديمقراطية في الدول المتحضرة – فقد تعين على كل سلطات الدولة أن تلتزم تلك الحدود الضيقة وأن تردها إلى ضوابطها الدقيقة الصارمة التي عينها الدستور ، وإلا كان عملها مخالفا للدستور مما يخضعه للرقابة القضائية التي عهد بها إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بغية الحفاظ على مبادئه وصون

أحكامه من الخروج عليها ، وحيث إن سن القوانين عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدستور ، ولئن كان الأصل أن تتولى هذه السلطة بذاتها مباشرة هذه الوظيفة التي أسندها الدستور لها ، وأقامها عليها ، إلا أن الدستور قد وازن بين ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى مل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلا ، وبين ضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه في غيبة مجلس الشعب من مخاطر تلوح تقدما أو تشخص الأضرار التي تواكبها ، يستوي في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها مستندا إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشرعي يكون لازما بصورة عاجلة لا تحتمل التأخير لحين انعقاد مجلس الشعب ، وتلك هى حالة الضرورة التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي ، ذلك أن الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية في هذا النطاق لا يعدو أن يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية في المجال التشريعي ، إذ كان ذلك ، وكانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها ، فإن انفكاكها عنها يوقعها في حومة المخالفة الدستورية ، ذلك أن توفر حالة الضرورة – بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها – هى علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة ، بل هى مناط مباشرتها لهذا الاختصاص ، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور ، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية – وهى من طبيعة استثنائية – الى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها وانحرافها ، وحيث إن الدستور قد بين ضوابط ممارسة السلطة التنفيذية – ممثلة في رئيس الجمهورية – لجانب من الوظيفة التشريعية في أحوال الضرورة أثناء غياب مجلس الشعب وذلك في المادة ١٤٧ منه التي تنص على ما يأتي : " إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون " ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها

المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة الســـابقة أو تســـوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر " ، وحيث إن المســـتفاد من هذا النص أن الدســـتور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصــاصــا في إصــدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة المجلس الاســتثنائية ومنها ما يتعلق بشــروط ممارســته ومنها ما يتصــل بما قد يصــدر من قرارات اســتنادا إليه ، فأوجب لإعمال ســلطة التشــريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائبا وأن تطرأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة الضرورة التي تسوغ لرئيس الجمهورية ســـرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير الى حين انعقاد مجلس الشـــعب باعتبار أن تلك الظروف هى مناط هذه الســـلطة وعلة تقريرها ، وإذا كان الدســـتور يتطلب هذين الشـــرطين لممارســـة ذلك الاختصـــاص التشـــريعي الاســـتثنائي ، فإن رقابة المحكمة الدســـتورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات ، كما تمتد هذه الرقابة أيضا الى التحقق من ســـلامة إجراءات واحترام المواعيد التي تطلبها الدســـتور في عرض تلك القرارات على مجلس الشعب للنظر في إقرارها أو علاج آثارها وذلك حتى لا يتحول هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي الى سلطة تشريعية كاملة مطلقة لا قيد عليها ، وحيث إن البين مما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من الدستور أن مواعيد وإجراءات عرض القرارات المشار إليها على مجلس الشعب ، تختلف باختلاف ما إذا كان المجلس منحلا أو موقوفا أو قائما ، فإذا كان المجلس منحلا أو موقوفا ، وجب عرض القرارات المشـــار إليها عليه في أول اجتمـاع لـه ، فور انعقـاده ، أمـا في غير هـاتين الحـالتين – الوقف والحل – فيتعين أن يـدعى المجلس للانعقاد لعرض تلك القرارات عليه خلال فترة زمنية محددة هى خمســة عشــر يوما من تاريخ صــدورها ، وعلة ذلك تمكين المجلس – باعتباره صــاحب الاختصــاص الأصــيل في ممارســة الوظيفة التشــريعية – من مراجعة التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية – في غيبته عند الضرورة – في أسرع وقت ممكن للنظر في شأنها ، وإلا زال ما لهذه التشريعات – وفقا لما نص عليه الدستور – من قوة القانون بأثر رجعي دون حاجة لاتخاذ أى إجراء في هذا الشأن ، وحيث إنه يبين من الإطلاع على قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨٢ ، أنه صدر دون مذكرة إيضاحية تفصح عن الأسباب التي أسندت إليها الحكومة في التعجيل بإصداره في غيبة مجلس الشعب ، إلا أنه عند عرض القرار بقانون المشار إليه على مجلس الشعب للنظر في إقراره ، أبدى وزير

الدولة لشئون مجلس الشعب – على ما ورد بمضبطة الجلسة الثالثة للاجتماع غير العادي المعقودة في ١٤ سبتمبر سنة ١٩٨١ – أن رئيس الجمهورية أصدر ذلك القرار بقانون طبقا للصلاحية التي خولها له الدستور في المادة ١٤٧ ، وأنه قد صدر لفتح باب التظلم أمام من شملتهم الإجراءات التي اتخذها رئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور – وهو ما ردده أيضا تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب في هذا الشأن – وكان ذلك وإن جاز أن يتدرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريع القائم من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى ، إلا أنه لا يصلح سندا لقيام حالة الضرورة المبررة لإصدار هذا القرار بقانون إذا لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف عين يمكن أن تتوفر معه تلك الضرورة التي تبيح ممارسة سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة ١٤٧ من الدستور ، كما أن هذا القول – إن صح – كان يقتضي اللجوء إلى السلطة التشريعية لاستصدار قانون بتحديد الجهة القضائية التي تختص بالنظر في التظلمات من الإجراءات التي تتخذ وفقا للمادة ٧٤ من الدستور إعمالا للتفويض المخول للمشرع بمقتضى المادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها ، وحيث إن المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن نصوص الدستور لا تتعارض أو تتهادم فيما بينها ، ولكنها تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تنتظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة ، ويتعين دوما أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متآلفة فيما بينها لا تتماحى أو تتآكل ، بل تتجانس معانيها وتتضافر توجهاتها ولا محل بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها ، ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها ، يفترض العمل بها في مجموعها ، باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتيا لا ينعزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها ، بل يقوم إلى جوارها متساندا معها ، مقيدا بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها ، إذ كان الدستور قد نص في المادة ٦٥ منه على خضوع الدولة للقانون ، دالا بذلك على أن الدولة القانونية هى التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها – وأيا كانت طبيعة سلطاتها – بقواعد قانونية تعلو عليها ، وتكون بذاتها ضابطا لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة ، باعتبار أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازا شخصيا لأحد ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها ، ومن ثم فقد أضحى مبدأ خضوع الدولة

للقانون مقترنا بمبدأ مشـروعية السـلطة هو الأسـاس الذي تقوم عليه الدولة القانونية ، متى كان ذلك وكان الدستور يؤكد في المادة ٧٢ منه مسئولية رئيس الجمهورية عن احترام الدستور وسيادة القانون ورعاية الحدود بين السلطات فإنه إذا ما قرر ملائمة إصدار قرار بقانون لمواجهة أحد الأخطار التي أشارت إليها فيها ، لا يعني الترخيص في تجاوز الضـوابط والخروج على القيود التي تضـمنتها مبادئ الدسـتور الأخرى وفي مقدمتها ألا تمارس السلطة التنفيذية شيئا من الوظيفة التشريعية إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود الضيقة التي أجاز فيها الدستور ذلك في المادة ١٤٧ منه . لما كان ذلك ، وكان السبب الذي حدا برئيس الجمهورية لإصدار القرار بقانون الطعين لا يشـكل بذاته حالة ضـرورة تدعو رئيس الجمهورية الى مباشـرة سـلطته التشـريعية الاسـتثنائية المقررة بالمادة ١٤٧ من الدسـتور ، فإن هذا القرار وقد صـدر اسـتنادا الى هذه المادة وعلى خلاف الأوضـاع المقررة فيها ، يكون مشـوبا بمخالف الدسـتور ، وحيث إنه لا ينال مما تقدم فالة إن مجلس الشـعب وقد أقر القرار بقانون المطعون فيه ، فإنه بذلك يكون قد طهره مما شـابه من عيوب دسـتورية ، ذلك إن إقرار مجلس الشعب له لا يترتب عليه سوى مجرد استمرا نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدسـتوري الذي لازم صـدوره ، كما أنه ليس من شـأن هذا الإقرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور الى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي تعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدسـتور في هذا الصـدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دسـتورية القانون " (الطعن رقم ١٥ لسنة ١٨ق دستورية جلسة ١٩٩٩/١/٢)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا أيضا بأن " إن تقدير الضـرورة الداعية لإصـدار القرارات قوانين عملا بالمادة ١٤٧ من الدسـتور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشـعب باعتبار ذلك من عناصـر السـياسـة التشـريعية التي لا تمتد إليها الرقابة الدسـتورية ، ذلك أنه وإن كان لرئيس الجمهورية سـلطة التشـريع الاسـتثنائية طبقا للمادة المشـار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تسـتوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب ، إلا أن ذلك لا يعني إطلاق هذه السلطة في إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور والتي سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينها اشـتراط أن يطرأ – في غيبة مجلس الشـعب – ظرف من شـأنه توفر الحالة الداعية لاسـتعمال رخصـة التشـريع

الاستثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية " (القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٥/٤) وبأنه " إن سن القوانين عمل تشريعي تختص به الهيئة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدستور ، والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة في الدستور إلا أنه نظرا لما قد يطرأ في غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير ، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية في تلك الحالات أن يصدر في شأنها قرارا لها قوة القانون ، وقد حرص المشرع الدستوري على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية في التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها – الى ممارسة تشريعية مطلقة ، موفقا بذلك بين مقتضيات الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها ، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع – على سبيل الاستثناء – لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعي المختص أصلا بذلك ، من أجل ذلك نص الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أنه " إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون " ، وفي الفقرة الثانية على أنه " ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما ، ويعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها قوة القانون دون حاجة الى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر " (القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٥/٤) وبأنه " إن الأسباب التي استندت إليها الحكومة في التعجيل بإصدار القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في غيبة مجلس الشعب ، تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من أن القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصية ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادي والأدبي التي انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذي حمل القضاة عبئا كبيرا في تخريج أحكام الحوادث التي تعرض عليهم ، وقد كشف ذلك عن قصور في بعض أحكام القوانين القائمة مما

دعا الى البحث عن أحكام الأحوال التي استجدت في حياة المجتمع المصري وذلك في نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعي لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق ....." . لما كان ذلك ، وكانت الأسباب سالفة البيان ، وحاصلها مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات في نواحي المجتمع وإن جاز أن تندرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية الى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى إلا أن لا تتحقق به الضوابط المقررة في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من الدستور ، ذلك أن تلك الأسباب – تفيد أنه لم يطرأ – خلال غيبة مجلس الشعب – ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التي تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ، ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ – إذ صدر استنادا الى هذه المادة ، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها ، يكون مشوبا بمخالفة الدستور " (القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٥/٤) وبأنه " إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءا من دستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمنها لأحكامها في صلبها تمكينا للسلطة التنفيذية فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في شأنها ، ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير وتطبيقها لها ، مبررا بحالة الضرورة ومستندا إليها ، وبالقدر الذي يكون متناسبا مع متطلباتها ، وبوصفها تدابير من طبيعة استثنائية " (الطعن رقم ١٣ لسنة ١١ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٤/١٨) وبأنه " إن سن القوانين هو مما تختص به السلطة التشريعية تباشره وفقا للدستور في إطار وظيفتها الأصلية ، ولئن كان الأصل أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة هذه الوظيفة التي أسندها الدستور لها ، وأقامها عليها ، إلا أن الدساتير المصرية جميعها ، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفهما في المجال المحدد لها أصلا ، بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه – فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها – من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواكبها ، يستوي في ذلك أن تكون هذه

المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها مستندات إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازما لمواجهة التزاماتها الدولية الحالة ، ولقد كان النهج الذي التزمته هذه الدساتير على اختلافها وعلى ضوء موجبات هذه الموازنة – هو تخويلها السلطة التنفيذية باتخاذ التدابير العاجلة اللازمة لمواجهة أوضاع استثنائية سواء بالنظر إلى طبيعتها أو مداها ، وذلك في حالة الضرورة التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي ، ذلك أن الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية في هذا النطاق لا يعدو أن يكون استثناء من اصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية في المجال التشريعي ، إذا كان ذلك ، وكانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها ، فإن انفكاكها عنها يوقعها في حرمة المخالفة الدستورية ، ذلك أن توافر حالة الضرورة – بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها – هى علة اختصاها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة ، بل هى مناط مباشرتها لهذا الاختصاص ، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور ، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية – وهى من طبيعة استثنائية – الى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ، ولا عاصم من جموحها وانحرافها " (الطعن رقم ١٣ لسنة ١١ق دستورية جلسة ١٨/٤/١٩٩٢) وبأنه " النعى بانتفاء حالة الضرورة التي تسوغ إصدار القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة في الجمهورية العربية المتحدة مردود بأن البين من الإطلاع على المذكرة الإيضاحية لذلك التشريع ، أن رئيس الجمهورية أصدر القرار رقم ٨٨٤ بتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٥٩ مقررا بمقتضاه انضمام الجمهورية العربية المتحدة إلى الاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار في الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة في ليك سكس بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٩٥٠ ، وكانت المادة الأولى منها تقرر موافقة الدول أطرافها على معاقبة أى شخص يقوم بقصد إشباع شهوة الغير بحمل شخص آخر أو ترغيبه أو تقديمه لأغراض الدعارة أو استغلال دعارته ولو كان ذلك بموافقته ، كما تلزم الاتفاقية الدول أطرافها بالعمل على معاقبة كل من يفتح بيتا للدعارة أو يديره أو يقوم بتمويله مع علمه بذلك ، وكذلك كل من يؤجر بناء أو مكانا أو جزءا من بناء أو مكان يستأجره بقصد دعارة الغير إلى غير ذلك من الأعمال التي تعتبر شروعا في ارتكاب أى جريمة مما تقدم أو تعد من الأفعال التحضيرية لها . لما كان لك ، وكان انضمام الجمهورية

العربية المتحدة إلى تلك الاتفاقية يجعلها طرفا فيها ويلزمها بالعمل على تنفيذ أحكامها ومن بينها إلغاء الدعارة في كل صورها باعتبار أن الدعارة وما يتبعها من شر الاتجار في الأشخاص بقصد إشباع شهوات الغير تناقض كرامة الإنسان ، وتعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعة ، وهو ما واجهته الاتفاقية بذهابها إلى حد إلزام الدول أطرافها بأن تعمل على اتخاذ التدابير التي من شأنها منع البغاء وضمان تأهيل ضحاياه وإصلاحهم اجتماعيا عن طريق الخدمات المتصلة بها ، وكذلك اتخاذ التدابير اللازمة لتنظيم دعاية مناسبة لتحذير الجمهور من مخاطر الاتجار بالأشخاص في مجال الدعارة ، فضلا عن إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بالقوانين واللوائح المعمول بها لديها في شأن المسائل التي تنظمها الاتفاقية ، وكذلك نصوص القوانين واللوائح الجديدة وكافة التدابير التي تتخذ لتنفيذ أحكامها . إذ كان ذلك ، وكان البغاء – عند انضمام الجمهورية العربية المتحدة الى الاتفاقية السالف بيانها – محظورا في إقليمها الجنوبي ومنظما في إقليمها الشمالي ، وكان إنفاذ أحكام تلك الاتفاقية يقتضي تطبيقها على إقليمها لفرض العقوبة الملائمة على الصور المختلفة للبغاء سواء في ذاك ما تعلق منها بالتحريض على البغاء أو المساعدة عليه أو استغلاله أو احترافه أو غير ذلك من أشكاله ، فقد أصدر رئيس الجمهورية العربية المتحدة القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ مؤكدا بالأحكام التي تضمنها ما يقتضيه النزول على الاتفاقية الدولية المشار إليها من اتخاذ التدابير التشريعية العاجلة التي تكفل إلغاء البغاء ومكافحته في إقليمى الجمهورية ، وآية ذلك أن هذه الاتفاقية وإن كان لها قوة القانون عملا بنص المادة ٥٦ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٥٨ ، والمادة ١٥١ من الدستور القائم ، إلا أن أحكامها تحيل إلى القوانين والنظم في الدول أطرافها وتتطلب إقرار ما يكون لازما منها لتفصيل الأحكام التي أجملتها الاتفاقية بمراعاة أغراضها كى تتحدد على ضوئها جرائم الفجور والدعارة في أشكالها المختلفة ، وتقرر كذلك عقوباتها ، إلى غير ذلك من التدابير الاجتماعية والتعليمية والصحية التي تتصل بمكافحة البغاء في صوره المتعددة وتأهيل ضحاياه ، بما لا يجوز معه القول بانتفاء حالة الضرورة التي تسوغ إصدار رئيس الجمهورية للقرار بقانون المطعون عليه . الأمر الذي يعتبر معه هذا الوجه من النعى على غير أساس " (القضية رقم ١٣ لسنة ١١ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٤/١٨)

وقد قضــت محكمة النقض بأن " إذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر اســتنادا الى ما أورده في أســبابه من أنه " وقد التزم المســتأنف عليهم – الطاعنون – باتباع النظام المنصــوص عليه للجمعية المشاركين في عضويتها وفق ما نصت عليه المادة ١٣ من لائحة النظام الداخلي للجمعية والذي تعاقدوا على مقتضاه وهم أيضا ملتزمون باتباع نظام التحكيم المنصوص عليه في المادة ١٧ من هذه اللائحة وذلك استثناء من القواعد العامة لرفع الدعوى المنصوص عليها في قانون المرافعات ، ومن ثم تعين عليهم اتباع هذا النظام أيا كانت الألفاظ التي صــيغت بها عبارات الالتجاء إلى التحكيم فورود هذا الأمر في اللائحة يسـلب اختصــاص المحاكم من نظر هذا النزاع " ، وهو ما يخالف نص المادة ١٦٧ من الدستور على أن : يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصها وينظم طريقة تشكيلها وبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم " ، بما يدل على أن تحديد اختصاصات الهيئات القضائية من الأمور التي احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون ولا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى وإلا كانت مخالفة للدستور " (الطعنان رقما ٢٣٣٦ ، ٢٣٢٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٢٤)

- **تشـريع التفويض :** تخول المادة ١٠٨ من الدسـتور ١٩٧١ لرئيس الجمهورية ، عند الضـرورة ، وفي الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب ، بأغلبية ثلثى أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضـوعات هذه القرارات والأسـس التي تقوم عليها " ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشــعب في أول جلســـة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض ، أو عرضـــت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قوة القانون " ، ويتضـــح من هذا أن الأمر يتعلق بتفويض يصـــدر من مجلس الشـــعب إلى رئيس الجمهورية ، حال قيام المجلس وليس في غيبته ، كما في حال تشريعات الضرورة ، ولهذا فقد أورد الدستور قيودا كثيرة على هذا التفويض ، فيلزم ألا يتم التفويض إلا عند الضــرورة وفي الأحوال الاســتثنائية ، كما يلزم أن يصـــدر هذا التفويض من المجلس بأغلبية خاصــة هى أغلبية ثلثى أعضــائه جميعا ، فلا تكفي أغلبية ثلثى الحاضــرين منهم فقط ، كما لا تكفي من باب أولى الأغلبية العادية ، واســتلام أغلبية خاصــة في صــدد التشــريعات التفويضية يرجع إلى أهمية المسألة حيث يتنازل المجلس مؤقتا عن سلطته بصدد ما يتم التفويض بشأنه ،

وبالإضافة إلى ما سبق يلوم أن تحدد مدة التفويض ، وأن تبين فيه الموضوعات التي يتم التفويض بشأنها ، كما تبين كذلك الأسس التي تقوم عليها القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية ، والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية في هذا الصدد قوة القانون ، ويلزم عرضها على المجلس في أول جلسة ، بعد انتهاء مدة التفويض . فإذا لم تعرض على هذا النحو ، أو إذا عرضت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قوة القانون ، ويراعى أن القرارات التي تصدر في حالة التفويض على النحو السابق تأخذ مرتبة التشريع العادي الذي يصدره المجلس ، ولهذا فإنه يسري في شأنها ما يسري بشأنه . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، وانظر سمير تناغو ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ وفقرتها الأخيرة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن سلطة رئيس الجمهورية في فرض الحراسة بالاستناد إليها قاصرة على الشركات والمؤسسات دون الأشخاص الطبيعيين ، وكأن لم يصدر ثمة قرار من رئيس الجمهورية بتوسيع دائرة الحقوق المبينة بها ، مما يشترط عرضه على المجلس النيابي لإقراره فإن ما تضمنه الأمران الجمهوريان رقما ١٣٨ ، ١٤٠ سنة ١٩٦١ من فرض الحراسة على عائلة المرحوم .... يعد خروجا على التفويض المقرر بموجب ذلك القانون وانتحالا لاختصاص السلطة التشريعية في أمر يتصل بحق الملكية الخاصة التي حرصت الدساتير المتعاقبة على حمايتها وعدم المساس بها إلا في الأحوال المبينة في القانون " (الطعن رقم ١٣٣٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٤) وبأنه " إذ كانت لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ قد صدرت استنادا إلى الإعلان الدستوري بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا الصادر في ٢٧ من سبتمبر سنة ١٩٦٢ وكانت القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية استنادا إلى ذلك الإعلان الدستوري يكون لها في موضوعها قوة القانون التي تمكنها من إلغاء وتعديل القوانين القائمة ، فمن ثم يكون للقرار الجمهوري رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ قوة إلغاء قواعد ونظم إعانة غلاء المعيشة المقررة بتشريعات سابقة بالنسبة للعاملين الخاضعين لأحكامه" (الطعن رقم ٢٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٥)

- **اختصاص السلطة التنفيذية بسن اللوائح :** بجانب القرارات الإدارية الفردية التي تصدرها السلطة التنفيذية بشأن أشخاص معينين بالذات ، فإنها تصدر أحيانا قرارات تتضمن قواعد عامة مجردة ، وهذه هى التي يطلق عليها اسم اللوائح ، وهذه القرارات تصدرها السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل في هذا الشأن تستمده من الدستور مباشرة ، واختصاص السلطة التنفيذية بإصدار اللوائح هو اختصاص عادي تباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية ، على خلاف اختصاصها بإصدار تشريعات السلطة الفعلية أو الضرورية أو التفويض ، فهو اختصاص استثنائي على خلاف الأصل ، واللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى هذا الاختصاص العادي ، ليس لها قوة التشريعات التي تصدرها في الحالات الاستثنائية السابق ذكرها ، والتي سبق أن رأينا أنها تعادل قوة القانون ، أى قوة التشريع الصادر عن السلطة التشريعية ، أما اللوائح فهى لا تعادل التشريع العادي في القوة ، بل هى اقل منه في الدرجة ولذلك يطلق عليها اسم التشريع الفرعي أو اللائحة بالمقابلة للتشريع العادي أو الرئيس وهو ما يسمى أحيانا بالقانون . فالسلطة التشريعية تضع التشريع العادي وهو القانون ، وقد تحل محلها في ذلك السلطة التنفيذية بصفة استثنائية فتضع تشريعا في حكم القانون ، وهو القرار بقانون ، أما السلطة التنفيذية فهى عندما تباشر اختصاصها الأصلي ، تضع ما يسمى بالتشريع الفرعي أو اللائحة وهو أقل درجة من القانون ، واقل درجة كذلك من القرار بقانون ، واللوائح من ثلاثة أنواع ، فهناك اللوائح التنفيذية وهى التي يكون الغرض منها وضع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية موضع التنفيذ ، وهناك اللوائح التنظيمية وهى التي يكون الغرض منها تنظيم سير المرافق العامة ، وهناك لوائح البوليس ، أو لوائح الضبط وهى التي يكون الغرض منها المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة ، **وهذه الأنواع الثلاثة سوف نلقي الضوء عليهم كما يلي :**

١- **اللوائح التنفيذية :** هى اللوائح التي تتضمن القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، وطبقا لنص المادة **١٤٤** من دستور سنة **١٩٧١** فإن رئيس الجمهورية هو الذي يختص بوضع اللوائح المذكورة ، واختصاص رئيس السلطة التنفيذية بوضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين هو أمر طبيعي طالما أن السلطة التنفيذية هى التي تقوم بتنفيذ القوانين ، فتكون اقدر من غيرها على معرفة القواعد التفصيلية اللازمة لهذا الغرض ، ونظرا لأن اللوائح التنفيذية تتضمن قواعد عامة مجردة ، فقد كان من الممكن أن ترد هذه

القواعد في صلب التشريع العادي ذاته ، ومع ذلك فإن إدماج القواعد التفصيلية في التشريع من شأنه أن يؤدي إلى زيادة العبء على السلطة التشريعية ، وإلى اضطرارها إلى الانشغال بالمسائل التفصيلية ، بينما الأجر أن تتفرغ لوضع المبادئ الكلية ، تاركة تنظيم التفاصيل لعناية السلطة التي تتولى التنفيذ وهى السلطة التنفيذية . (وحيد رأفت ، القانون الدستوري ، محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري) ، وإذا كان رئيس الجمهورية هو الذي يختص باعتباره رئيس السلطة التنفيذية ، بوضع اللوائح المذكورة ، إلا أنه يجوز له طبقا للمادة ١٤٤ السابق الإشارة إليها ، أن يفوض غيره في وضع هذه اللوائح ، وكذلك يجوز أن يعين القانون الشخص المختص بإصدار اللائحة اللازمة لتنفيذه وغالبا ما يكون هذا الشخص هو الوزير المختص الذي يقع موضوع التشريع في نطاق نشاط وزارته ، وغني عن الذكر أن اللوائح التنفيذية التي تهدف الى وضع القانون موضع التنفيذ ، لا يجوز له أن تخرج على حكم القانون الذي تضطلع بتنفيذه ، وقد نصت المادة ١٤٤ السابق الإشارة إليها على هذا الحكم صراحة بقولها أن رئيس الجمهورية بصدر اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين "بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها" ، وكان هذا الحكم مقررا بذات العبارة في المادة ٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ ، وإذا ورد باللائحة التنفيذية حكم مخالف للقانون امتنع القاضي عن تطبيق اللائحة واق تصر فقط على تطبيق القانون ، وإذ كان تعديل القانون أو تعطيله أو الإعفاء منه لا يثير شكا في عدم مشروعيته ، فإن تكملة القانون إذا كانت لازمة وغير متعارضة مع نصوصه لا تعتبر تعديلا له ، بينما تعتبر تكملة القانون بما لا حاجة إليه في تنفيذه بمثابة إضافة حكم جديد إليه وهو نوع من التعديل لا يجوز ، وقد يثور الجدل حول طبيعة التكملة وما إذا كانت تعتبر تنفيذا للقانون ، أم أنها تعتبر تعديلا له. (انظر في تفصيل ذلك الدكتور سمير تناغو ، مرجع سابق ، الدكتور محمد كامل ليلة ، مرجع سابق)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " من المقرر أن أحكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها – في غير المواد الجنائية – ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، ويقصد بالقانون – على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – القانون بمعناه الموضوعي ، محددا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية ، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة

التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها لتقرير القواعد التفصـــيلية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وتسـري القاعدة القانونية اعتبارا من تاريخ العمل بها على الوقائع التي تتم في ظلها وحتى إلغائها ، فإذا حلت محل القاعدة القديمة قاعدة قانونية أخرى ، فإن القاعدة الجديدة تســـري من الوقت المحدد لنفاذها ، ويقف ســـريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لكل من القاعدتين ، وتظل المراكز القانونية التي اكتمل تكوينها وترتبت آثارها في ظل القانون القديم ، خاضـــعة لحكمه وحده ، متى كان ذلك ، وكانت المادة الثالثة من قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٧٠ لســـنة ١٩٨٩ – المطعون فيها – قد نصـت على سـريان حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات – بعد تعديلها بنص المادة الأولى من ذات القرار – اعتبارا من تاريخ نشـــره في ١٩٨٩/٩/٢١ ، فإنها لا تكون منطوية على أى أثر رجعي ، بل مســتصـحبة الأصـل في القوانين الذي رددته المادة ١٨٧ من الدســتور ، وهو ســريانها بأثر مباشــر على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وعدم جريان آثارها فيما وقع قبلها ، وحيث إن حساب التقدير العام للطلاب في الليسانس أو البكالوريوس أضحى يتم على أساس المجموع الكلي للدرجات التي حصلوا عليها في كل سنين دراستهم الجامعية ، متى كانوا مقيدين أو تم قيدهم بالصف الأول أو الإعدادي في تاريخ نفاذ التعديل الذي أدخله المشــرع على المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات والذي يتحدد بتاريخ العمل به في ١٩٨٩/٩/٢١ ، بما مؤداه أنه مادام الطالب مقيدا في هذا التاريخ في الصف الأول أو الإعدادي سواء كان ذلك لأول مرة أو كان باقيا للإعادة في أحدهما لرسوبه في كل المواد الدراسية أو بعضها ولم ينتقل بعد إلى الصف التالي ، فإنه يكون مخاطبا بالقاعدة القانونية الجديدة والتي يخضـــع لحكمها كل شـــاغلي المراكز القانونية التي أدركتها وهى ما تزال في دور التكوين ، ولما كان المركز القانوني للطالب الباقي للإعادة في الصـف الأول أو الإعدادي لم يكتمل بعد ، فإنه يسـري في شـأنه الحكم الذي استحدثه المشرع لقياس المقدرة التعليمية للطلاب في مرحلة التعليم الجامعي على أساس حساب التقدير العام لهم طبقا للمجموع الكلي للدرجات التي حصلوا على في كل سنين الدراسة الجامعية ، وحيث إن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنها سلطة تقديرية ما لم قيدها الدســتور بضـوابط معينة ، وكان جوهر السـلطة التقديرية يتمثل في المفاضـلة التي يجيرها المشـرع بين

البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعية ، وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضـــوع الذي يتناوله بالتنظيم ، وكان التعليم من أكثر المهام خطرا ، وأعمقها اتصـــالا بإعداد أجيال تكون قادرة – علما وعملا – على أن ترقى بمجتمعها ، وانطلاقا من المسئولية التي تتحملها الدولة في مجال إشرافها عليه – على ما تقضـي به المادة ١٨ من الدســتور – فإنه أصـبح لزاما عليها أن تراجع دوما العملية التعليمية وبرامجها ، تنقية لها من شـوائب علقت بها لكى تكون أكثر فائدة وأعم نفعا ، أو إبدالها بغيرها كلما كان ذلك ضـــروريا لتطوير بنيانها ، دونما احتجاج بوجود حق مكتســـب للطالب في أن يعامل وفقا لقواعد معينة دلت التجربة العملية على عدم صلاحيتها . متى كان ما تقدم ، وكان تنظيم المشرع للحق في التعليم – على ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – غير مقيد بصـور بذاتها تمثل أنماطا جامدة لا يجوز التعديل أو التبديل فيها ، وكان من غير الملائم أن تقاس المقدرة العلمية للطلبة في مرحلة التعليم الجامعي – وقوامها بحث علمي دؤوب وابتكار خلاق – على ما بذلوه من جهد في سـنة دراسـية واحدة ، هى سـنتهم النهائية – ولو كانوا اقل جهدا ومثابرة قبلها ، ليقدمهم هذا الجهد – خلال هذه الفترة المحدودة زمنها – على أقرانهم ممن أعدوا لدراسـتهم عدتها على امتداد سنواتها ، وأصابوا من نتائجها – في مجموعها – ما يدل على تفوقهم ، وكان ما توخاه النص الطعين بســريان التعديل الذي أدخله على المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات اعتبارا من تاريخ العمل به ، هو ألا يكون جهد طلبتها منحصرا في سنة جامعية بذاتها ، بل عملا متصلا يستنهض عزائمهم ويثير هممهم على امتداد سنين دراسـتهم ، وكان نفاذ هذا التعديل مرتبطا بمن كانوا في أولى مراحلها عدا العمل به ، فإنه يكون مندرجا في إطار سـلطة المشـرع في مجال تنظيم الحقوق ، ويكون النعى بمخالفته للدسـتور ، مفتقرا إلى دعامته ، وحيث إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون – على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – لا يعني أن تعامل فئاتهم على ما بينها من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة ، كذلك لا يقوم هذا المبدأ على معارضـة صـور التمييز جميعها ، ذلك أن من بينها ما يسـتند إلى أسـس موضـوعية ولا ينطوي بالتالي على مخالفة لنص المادة ٤٠ من الدســـتور ، بما مؤداه أن التمييز المنهي عنه بموجبها هو ما يكون تحكميا ، ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصودا لذاته ، بل لتحقيق أغراض بعينها يعتبر هذا التنظيم ملبيا لها ، وتعكس مشـروعية هذه الأغراض إطارا للمصـلحة العامة التي يسـعى المشـرع لبلوغها متخذا من القواعد

القانونية التي يقوم عليها هذا التنظيم سـبيلا إليها ، فإذا كان النص التشـريعي – بما انطوى عليه من تمييز – مصـادما لهذه الأغراض مجافيا لها بما يحول دون ربطه بها ، أو اعتباره مدخلا لها ، فإن هذا النص يكون مستندات إلى أسس غير موضوعية وتبنيا تمييزا تحكميا بالمخالفة لنص المادة ٤٠ من الدستور إذ كان ذلك ، وكان ما قرره النص الطعين من سـريان حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات فيما استحدثه من حساب التقدير العام للطلاب في الليسانس أو البكالوريوس على أساس المجموع الكلي للدرجات التي حصـلوا عليها في كل السـنوات الدراسـية ، على الطلاب المقيدين والذين يتم قيدهم بالصـف الأول أو الإعدادي في تاريخ العمل بأحكامه في ١٩٨٩/٩/٢١ ، بمناه قاعدة عامة مجردة لا تقيم في مجال سـريانها تمييزا بين المخاطبين بها ، بل تنتظمهم جميعا أحكامها التي ربطها المشـرع بمصـلحة عامة تتمثل في قياس المقدرة العلمية للطلبة في مرحلة التعليم الجامعي من واقع ما بذلوه من جهد على امتداد سنين دراسـتهم ، سـواء من كان منهم مقيدا بالصـف الأول أو الإعدادي في ١٩٨٩/٩/٢١ لأول مرة ، أو من كان باقيا بذات الصـف في التاريخ المشـار إليه لرسـوبه في كل المواد الدراسـية أو بعضـها ، فإن النعى على النص الطعين بمخالفة المادة ٤٠ من الدسـتور يكون منتحلا " (الطعن رقم ١٩٥ لسـنة ٢٠ق دسـتورية جلسـة ٢٠٠٠/١/١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " من الأصول الدستورية المقررة أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع ، وإنما يقوم اختصـاصـها أسـاسـا على إعمال القوانين وأحكام تنفيذها ، غير أنه اسـتثناء من هذا الأصـل عهد الدستور إليها في حالات محددة أعمالا تدخل في نطاق الأعمال التشريعية ، ومن ذلك إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، فنصـت المادة ١٤٤ من الدسـتور على أن " يصـدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصـدر القرارات اللازمة لتنفيذه " ، ومؤدى هذا النص أن الدسـتور حدد على سـبيل الحصـر الجهات التي تختص بإصـدار اللوائح التنفيذية فقصـرها على رئيس الجمهورية أو من يفوضـه في ذلك أو من يعينه القانون لإصـدارها بحيث يمتنع على من عداهم ممارسـة هذا الاختصـاص الدسـتوري ، وإلا وقع عمله مخالفا لنص المادة ١٤٤ المشـار إليها ،كما أنه متى عهد القانون الى جهة معينة بإصـدار القرارات اللازمة

لتنفيذه استقل من عينه دون غيره بإصدارها " (الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٣) وبأنه " من المقرر بنص الفقرة الأولى من المادة ٤١ من الدستور أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون . لما كان ذلك ، وكان مؤدى هذا النص في ضوء سائر نصوص الدستور المنظمة للحقوق والحريات العامة وضماناتها أن أوامر القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو منعهم من التنقل أو لسفر أو تقييد حريتهم بأى قيد دون ذلك هى إجراءات جنائية تمس الحرية الشخصية التي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية وليس من سلطة أخرى بناء على تفويض ولا بأداة أدنى مرتبة " (الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥) وبأنه " القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء نقابة المهن الهندسية والقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٧ المعدل به فوضا وزير الأشغال في إصدار القرارات اللازمة لتنفيذهما – وقد أصدر وزير الأشغال بناء على هذا التفويض القرار رقم ٩٦٩٩ لسنة ١٩٥٩ بإصدار اللائحة الداخلية لنقابة المهن لهندسية ولم تتضمن هذه اللائحة أى نص بشأن تحديد أتعاب المهندسين كما أن المشرع حين بين في القانونين المذكورين اختصاصات مجلس النقابة لم يذكر من بينها تحديد هذا الأتعاب ، ولما كانت اللائحة المعنونة "بلائحة الأتعاب وتقاليد المهنة لشعبة الهندية المعمارية" ، التي استند إليها الحكم المطعون فيه لم تصدر بتفويض من المشرع ولا تعدو أن تكون تنظيما داخليا فإنه لا يكون لها صفة اللائحة بمدلولها القانوني . فإذا أسبغ عليها الحكم المطعون فيه صفة اللائحة ونزلها منزلة النص التشريعي وجعل لها قوته الملزمة فإنه يكون مخالفا للقانون " (الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥)

- **ويجب أن تتمشى اللائحة مع نصوص القانون وبالتالي لا يجوز للائحة أن تعدل تشريعا أو تزيد عليه أو تعطل تنفيذ أو أن تعفى من التنفيذ ، وقد قضت محكمة النقض بأن " الأصل أن**

اللائحة لا تعدل تشريعا إذ هى في مرتبة أدنى منه ، ومن ثم فإن المادة ٥٠ من اللائحة المالية للميزانية والحسابات التي تنص بأن المرتبات التي لم يطالب بها في مدة خمس سنوات تصبح حقا مكتسبا للحكومة ، لا يمكن أن تعدل من أحكام القانون المدني في التقادم المسقط أو تجعله متعلقا بالنظام العام

، فضلا عم أن تلك اللائحة لا تعدو أن تكون مجموعة مواد أشير في بعضها الى مصدرها من قانون أو قرار وزاري بينما جاء البعض الآخر – ومنها المادة ٥٠ – عاطلة عن هذا المصدر وبالتالي فإن المادة ٥٠ – سالفة الذكر تفتقد عناصر قوتها الملزمة ولا تنزل منزلة التشريع " (الطعن رقم ٢٥ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/٢٩) وبأنه " من المقرر أنه عند التعارض بين نصين أحدهما وارد في القانون والآخر في لائحته التنفيذية فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلا للائحة " (الطعن رقم ١ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦١/٦/٢٧) وبأنه " إن كان من المقرر أن من حق السلطة التنفيذية – طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها – أن تتولى أعمالا تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذهما ، فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذهما ، فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئا جديدا أو تعديل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ "(الطعن رقم ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٨) وبأنه " النص في المادة ١٤٦ من لدستور على أن " يمارس مجلس الوزراء بوجه خاص الاختصاصات الآتية ..... (ج) إصدار القرارات الإدارية والتنفيذية وفقا للقوانين والقرارات ومراقبة تنفيذها " ، مفاده أن إصدار تلك القرارات المشار إليها معقود لمجلس الوزراء وليس لرئيس هذا المجلس منفردا وإذ كان البين من القرار رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ أن الذي أصدره هو رئيس مجلس الوزراء وأن سنده التشريعي في الإصدار هو التفويض المنصوص عليها في المادة ٧٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فإن ما يثيره الطاعن من أن هذا القرار يستقي قيامه من نص المادة ١٥٦ من الدستور يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

وقد قضت أيضا محكمة النقض بأن " لما كان البين من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ أنه تجاوز حدود التفويض التشريعي – على نحو ما سلف بيانه – بوضع ملحق ثان اشتمل على قواعد

وشروط تمليك ما أقامته المحافظات من المساكن الشعبية الاقتصادية والمتوسطة ، تم شغلها في تاريخ تال لسريان القانون بما يجعله حابط الأثر ، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن اشترى الوحدة السكنية محل التداعي من المطعون ضده بصفته وشغلها بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فإن الحكم المطعون فيه يكون قد وافق صحيح القانون إذ لم يعتد بالقواعد والشروط المبينة بالملحق الثاني من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ لافتقادها سند مشروعيتها ، واقترن الحكم بالصواب في تعويله على مقدار الثمن الوارد بعقد البيع المبرم بين طرفى التداعي باعتباره شريعة المتعاقدين التي لا تنصرف إليها القيود المنصوص عليها في المادة ٧٢ من القانون المشار إليه " (الطعن رقم ٢٣١٤ لسنة ٥٤ق هيئة عامة جلسة ١٩٩٣/٢/٢٣) وبأنه " المقرر أن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧١ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر قد حدد في بعض نصوصه الأحكام التي يتوقف تنفيذها على صدور قرار من وزير الإسكان والتعمير ، ومن بينها ما نصت عليه الفقرة الثانية من مادته الأولى من أنه " ويجوز بقرار من وزير الإسكان والتعمير مد نطاق سريان أحكام الباب الأول منه "كلها أو بعضها على القرى بناء على اقتراح المجلس المحلي للمحافظة .... مما يكون معه وزير الإسكان والتعمير هو المختص دون غيره بإصدار القرارات المنفذة لحكم تلك الفقرة من ذلك القانون وبالتالي يكون قرار محافظ الدقهلية بمد سريان أحكام القانون المشار إليه على قرية بني عبيد مركز دكرنس الكائنة بها العين المؤجرة قد صدر من سلطة غير مختصة بإصداره ، ومن ثم أثر له في تحديد أجرة هذه العين " (الطعن رقم ١٠٦٤ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٦)

وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن " لما كان ذلك ، وكانت أولى فقرات المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ في شأن تنظيم الرقابة على عمليات النقد تنص صراحة على أنه " يحظر التعامل في أوراق النقد الأجنبي أو تحويل النقد من مصر وإليها ، كما يحظر كل تعهد مقوم بعملة أجنبية وكل مقاصة منطوية على تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبي وغير ذلك من عمليات النقد الأجنبي سواء كانت حالة أو كانت لأجل إلا بالشروط والأوضاع التي تحدد بقرار من وزير المالية وعن طريق المصارف المرخص بها منه في ذلك " ، كما تنص المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ في شأن الاستيراد والمادتان الأولى والثانية من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ على حظر استيراد السلع من خارج الجمهورية قبل الحصول على

ترخيص في الاستيراد من وزارة الاقتصاد وعلى اعتبار هذه التراخيص شخصية لا يجوز التنازل عنها وأن " يكون استيراد السلع من خارج الجمهورية بقصد الاتجار أو التصنيع مقصورا على شركات وهيئات القطاع العام أو تلك التي يساهم فيها القطاع العام " ، وأن " تكون تراخيص الاستيراد شخصية ولا يجوز التنازل عنها بأى وجه من الأوجه أوب يعها كما يجوز توكيل الغير في بيعها " ، وكان من المقرر أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساو له في مدارج التشريع ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، وإذ كان الثابت أن قونا لاحقا لم يصدر زالت به القوة التنفيذية لأى من القوانين أرقام ٨٠ لسنة **١٩٤٧** ، و**٩** لسنة **١٩٥٩** ، و**٩٥** لسنة **١٩٦٧** وأباح التعامل في النقد الأجنبي وأفعال المقاصة بما تنطوي عليه من تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبي أو أجاز للأفراد والقطاع الخاص استيراد السلع من الخارج بغير ترخيص من وزارة الاقتصاد وبقصد الاتجار ، وكان الأصل أنه يجب التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزم جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل ، وأنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبير صادقا عن إرادة الشارع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أيا كان الباعث على ذلك ، ولا الخروج على النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما تكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، إذ تدور الأحكام القانونية مع علتها لا مع حكمتها ، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه ، فإن القول بأن خروج نظام الاستيراد بدون تحويل عملة الى حيز الوجود بمقتضى القرارات الصادرة في هذا الشأن يترتب عليه بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي التعارض مع حكم المادة الأولى من قانون النقد وأن التعارض يرتكز على محل واحد هو التعامل في النقد الأجنبي للاحتياج إليه في التمويل وأن السماح باستيراد السلع بدون ترخيص وفقا لنظام السوق الموازية قد ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة يكون فضلا عن مخالفته لصحيح القانون اجتهادا غير جائز إزراء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه وتوسعا في تفسير القوانين الجنائية وأخذا بحكمتها لا بعلتها وهو ما لا يجوز قانونا ، وإذ كان من حق السلطة التنفيذية – طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها – أن تتولى أعمالا تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس

فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين الى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوى لهذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئا جديدا أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ ، ومن ثم فإن اللائحة التنفيذية لا يصح أن تلغى أو تنسخ نصا آمرا في القانون ، ومن المقرر أنه يشترط لصدور القرار في حدود التفويض التشريعي ألا يوجد أدنى تضاد بين الحظر الوارد في نص القانون وبين الشروط والأوضاع المحددة في القرار ، وأنه عند التعارض بين نصين أحدهما وارد في القانون والآخر وارد في لائحته التنفيذية ، فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلا للائحة " (الطعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٢)

- **مدى توقف تطبيق القانون على صدور اللائحة التنفيذية ، وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن** " إن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد صدر ونشر بالجريدة الرسمية وفقا للأوضاع الدستورية فأصبح بذلك نافذا ، وتنص المواد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٦ ، ١٠ منه على أوامر ونواه صريحة غير معلقة على شرط يحتم القانون مراعاتها في كل تقسيم يراد إنشاؤه في المدن والقرى التي يسري عليها ، وتنص المادة ٢٥ على تكليف وزارة الأشغال العمومية والداخلية والصحة العمومية والعدل بتنفيذه كل فيما يخصه ، وإذ خولتهم إصدار قرارات باللوائح التنفيذية له وأجازت فيها إضافة شروط على الشروط الواردة فيه (المادتان ٢ ، ١٢) أو تعديل بعض هذه الشروط بالنسبة لبعض المدن والقرى أو لبعض الأحياء من المدن فيما يتعلق بعرض الطرق (المادة ٤) لم ترتب على التراخي في إصدار اللوائح التنفيذية تعطيل النصوص الناجزة التي أوجب القانون مراعاتها كما أن المادة السابعة من القانون إذ نصت على وجوب تقديم الطلب الخاص بالموافقة على التقسيم طبقا للشروط والأوضاع المقررة باللائحة التنفيذية إنما جازت أن تتضمن تلك اللائحة من الشروط والأوضاع لتنظيم الطلبات شروطا أخرى غير ما أوجبه القانون دون أن يفيد ذلك أنه إذا لم تصدر لائحة تنفيذية امتنع تنفيذ القانون ، وإذن فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المتهمين تأسيسا على أن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ لم تصدر بعد لائحته التنفيذية

مما يجعل أحكامه مبهمة وغير واضــحة – يكون مبنيا على خطأ في تفســير القانون " (الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٤/٦/١٠)

- **الحالة التي يجوز فيها العمل باللائحة التنفيذية لقانون ملغي ، وقد قضــت محكمة النقض بأن** " إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نام قانوني جديد ، وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام القانوني الجديد إلا أن صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذا للقانون القديم ، وبالنســبة للنصــوص الواردة فيها التي تتوافق مع القانون الجديد ، فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صــدور القانون الجديد ما لم ينص صــراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح " (الطعن رقم ٥٢٣ لسـنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢) وبأنه " إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نظام قانوني جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام القانوني الجديد ، إلا أن ما صــدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذا للقانون القديم ، وبالنســبة للنصــوص الواردة فيها التي تتوافق مع القانون الجديد تبقى نافذة المفعول في ظل القانون الجديد ما لم صــن صــراحة على إلغاءها ، وإذكان القانون الجديد لبلدية الإسكندرية رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ قد استبقى لها شخصيتها الاعتبارية العامة واختصاصها في تسيير النظام المالي للبلدية وحقها في تحصــيل الإيرادات لمواجهة ما تؤديه من خدمات والإنفاق على المرافق العامة المنوط بها إدارتها والجهاز الإداري للمدينة ، فإن إلغاء الأمر العالي الصــادر في ســنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ لا يستتبع إلغاء اللوائح السابق صدورها في ظل الأمر الملغي ، ومنها القرار الصادر في ١٩٤٢/١٠/٢١ بفرض رسوم بلدية على محال الخمور ، إذ لم ينص فيه على إلغاء ما يتوافق مع أحكام القانون الجديد ، وإنما يبقى هذا القرار قائما حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه ، ويكون النعي عليه بعدم الدستورية غير جدي ، لأن الضرائب والرسوم المحلية لا يشترط أن يكون فرضها بقانون ، وإنما يكفي أن تصدر بناء على قانون " (الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢٦)

إلا أن محكمة الإدارية العليا ذهبت عكس ذلك فقضــت بأن " إن اللوائح التنفيذية إنما تســتمد وجودها وقوتها من القانون الذي تصــدر تنفيذا لأحكامه فإذا ما ألغى هذا القانون ، ولم ينص القانون اللاحق على بقاء اللوائح التنفيذية الصادرة تنفيذا للقانون السابق قائمة ومعمولا بها الى أن تعدل أو تلغى طبقا للقانون

الجديد ، فإن ذلك يستتبع حتما والضرورة اعتبار اللوائح السابقة ملغاة دون أن يحل محلها شيء ولأنها إنما تنبثق عن القانون ويتوقف مصيرها عليه وجودا وعدما " (الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٧ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٧)

- **ولا يتوقف تنفيذ القانون على لائحته التنفيذية ، وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن** " القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضي قد صدر ونشر بالجريدة الرسمية وفقا للأوضاع الدستورية فأصبح بذلك نافذا ، وقد نصت المواد ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٦ ، ١٠ منه المرفوعة بها الدعوى على أوامر ونواه صريحة غير معلقة على شرط ويحتم القانون مراعاتها في كل تقسيم يراد إنشاؤه في المدن والقرى التي يسري عليها القانون ، كما نصت المادة ٢٥ على تكليف وزراء الأشغال العمومية والداخلية والصحة العمومية والعدل تنفيذه كل فيما يخصه وخولتهم إصدار قرارات باللوائح التنفيذية له ، وأن نصوص القانون إذ أجازت عند إصدار هذه اللوائح إضافة شروط على الشروط الواردة فيه أو تعديل بضع هذه الشروط بالنسبة لبعض المدن أو القرى أو لبعض الأحياء من المدن فيما يتعلق بعرض الطرق – لم ترتب على التراخي في إصدار هذه اللوائح تعطيل الأحكام الناجزة التي أوجب القانون مراعاتها ، وإذ نصت المادة السابعة من القانون على وجوب تقديم الطلب الخاص بالموافقة على التقسيم طبقا للشروط والأوضاع المقررة باللائحة التنفيذية إنما أجازت أن تتضمن تلك اللائحة من الشروط والأوضاع لتنظيم الطلبات شروطا أخرى غير ما أوجبه القانون دون أن يفيد ذلك أنه إذا لم تصدر اللائحة التنفيذية امتنع تنفيذ القانون . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه بالبراءة على عدم صدور اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه يكون قد أخطأ في تفسير القانون " (نقض ١٩٥٤/٦/١٠ ، ١٩٥٥/١/١١ ، ١٩٤٧/١٢/١١ ج١ في ١٥ سنة ص٤٧٢ ، ٤٧٣)

- **ويجب أن تصدر اللائحة في نطاق التفويض المنصوص عليه في القانون وإلا كانت عديمة الأثر قانونا ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص في المادة ١٤٤ من الدستور على أن " يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه " ، وفي المادة ١٥٦ منه على أن " يمارس مجلس الوزراء بوجه خاص الاختصاصات الآتية: (أ) الاشتراك مع رئيس

الجمهورية في وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وفقا للقوانين والقرارات الجمهورية (ب) .... (ج) إصدار القرارات الإدارية والتنفيذية وفقا للقوانين والقرارات ومراقبة تنفيذها " يدل على أنه – إذا لم يعين القانون الجهة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية ، فإن لرئيس الجمهورية – وحده – أن يصدرها بما ليس فيه تعديل أو تعطيل للقوانين أو إعفاء من تنفيذها ، ويكون له ن يفوض غيره في إصدارها ، ويتعين أن يكون القانون الصادر باللائحة التنفيذية في نطاق التفويض المنصوص عليه في القانون ، فإذا خرج القرار عن نطاق هذا التفويض أصبح معدوم الأثر قانونا ويكون للقضاء العادي إلا يعتد به في مقام تطبيق القانون الذي صدر تنفيذا له " (الطعن رقم ٢٣١٤ لسنة ٥٤ق هيئة عامة جلسة ١٩٩٣/٢/٢٣)

- **الغاية من إصدار السلطة التنفيذية لقواعد تشريعية ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " مفاد المادة ١٤٤ من الدستور – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين وكان يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل في هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذ وسواء أصدرته السلطة الأخيرة على سند من تفويضها من السلطة التشريعية طبقا للمادة ١٠٨ من الدستور أو استنادا الى المادة ١٤٤ سالفة البيان ورائد المشرع الدستوري أن يولى السلطة التنفيذية إصدار قواعد تشريعية تنفيذا للقوانين الصادرة من السلطة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ في دقائقه وفقا لضرورات العمل فضلا عما في ذلك من تخليص القوانين من كثير من التفصيلات الجزئية ومن التخفيف بالتالي من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة "(الطعن رقم ٢٣٣٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٦)

- **والأصل أنه لا يحتج باللوائح في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشرها . أما بالنسبة لجهة الإدارة فيفترض العلم بها من تاريخ صدورها ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " اللوائح – المتممة للقوانين – التي تصدرها جهة الإدارة بتفويض من المشرع تعتبر من قبيل القرارات الإدارية وإذ كان الأصل في القرارات الإدارية التنظيمية أنه لا يحتج بها في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ، وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل الى العلم بها ، إلا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانونا بالنسبة لجهة الإدارة ويفترض عليها بها من تاريخ صدورها فتسري في مواجهتها منذ هذا التاريخ ولو

لم ينشر في الجريدة الرسمية ، ولا يقبل منها التحدي بعدم نفاذها في حقها إلا بنشرها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الذي أصدره مدير عام مصلحة الجمارك في ١٩٦٣/٧/١٨ بناء على تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح التي أوجبت المادة ٧٣ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على مصلحة الجمارك احتسابها في حالات معينة ، نافذا في حق مصلحة الجمارك من تاريخ صدوره وطبق أحكامه على الرسالة موضوع النزاع التي وردت في ١٩٦٥/٣/٥ فإنه لا يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٨/١/٣٠) وبأنه " اللوائح التي تصدرها جهة الإدارة بتفويض من المشرع تعتبر من قبيل القرارات الإدارية وإذ كان الأصل في القرارات الإدارية التنظيمية أنه لا يحتج بها في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ، وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم من سبيل الى العلم بها ، إلا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانونا بالنسبة لجهة الإدارة ويفترض علمها بها من تاريخ صدورها فتسري في مواجهتها من ذلك التاريخ ولو لم تنشر في الجريدة الرسمية ولا يقبل منها التحدي بعدم نفاذها في حقها إلا بعد نشرها ، وإذ التزم الحكمان المطعون فيهما هذا النظر واعتبرا القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الذي أصدره مدير عام الجمارك في ١٩٦٣/٧/١٨ بناء على تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح المشار إليها نافذا في حق مصلحة الجمارك من تاريخ صدوره وطبقا أحكامه على الرسالة موضوع النزاع التي وردت في ١٩٦٦/٢/٣ فإنهما لا يكونان قد خالفا القانون " (الطعن رقم ٣٠١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧) وبأنه " القرار التشريعي يستلزم بطبيعته النشر في الجريدة الرسمية ليعلم به الكافة وليكون له حكم القانون الذي صدر تنفيذا له وإعمالا لأحكامه ، ولا يمكن تسوية القرار في هذا الخصوص بالتنظيمات الإدارية التي يصدرها الوزراء ورؤساء المصالح للموظفين في حدود سلطتهم التنفيذية وقد تكفي فيها الأوامر الشفوية والكتب الدورية " (الطعن رقم ٣٣٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٥/١٧)

- **وإذا ألغى القضاء الإداري قراراً وزارياً فإن هذا القرار يكون منعدماً من يوم صدوره ويترتب عليه إلغاء كل آثاره ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذا ألغى قرار لوزير المالية في جميع نصوصه بحكم محكمة القضاء الإداري استنادا إلى عدم عرضه على قسم التشريع بمجلس الدولة

وإلى أنه قرار وزاري استحدث قاعدة جديدة ما كان له – طبقا لأحكام الدستور – أن يقيم لها أثرا رجعيا فإن مقتضى حكم الإلغاء على هذا النحو هو اعتبار هذا القرار منعدما من يوم صدوه وإلغاء كل ما يترتب عليه من آثار " (الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢)

- **التشريع الصادر لفترة محدودة ، وقد قضت محكمة النقض بأن** " جرى قضاء محكمة النقض على أن التشريع الصادر لفترة محددة ينبغي أن يتضمن تحديدا صريحا لها ، فلا يكفي أن يكون التحديد ضمنيا مستفادا من ظروف وضع التشريع وملابساته " (الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٨/٦/١٧) وبأنه " لما كان الأصل طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أن اللوائح والقرارات الإدارية مثلها مثل القوانين لا تسري أحكامها إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعي ، وكان قرار وزير التعليم والثقافة والبحث العلمي رقم ٢٤٩ لسنة ١٩٧٩ الذي قرر منح سنتين أقدمية افتراضية في الفئة التي يعين عليها حامل المؤهل المتوسط إنما صدر بتاريخ ١٩٧٩/٤/٥ – بعد حركة الترقيات الصادرة في ١٩٧٧/١٢/٣١ – خلوا من النص على رجعية أثره الى الماضي فإن أحكام هذا القرار تكون نافذة من تاريخ صدوره فقط " (الطعن رقم ٣٣٥٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٨/١١/٢٩)

- والقرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية تعتبر قرارات إدارية لا ترى لمستوى التشريع ، وقد قضت محكمة النقض بأن " أنه وإن كانت المحاكم لا تملك إلغاء أو تعديل القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية إلا أن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية وإن كان لها في موضوعها قوة القانون التي تمكنها من إلغاء وتعديل القوانين القائمة ، إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين في حجية التشريع ، فيكون للقضاء الإداري بما له من ولاية الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أن يحكم بإلغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التي يقوم عليها ، ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع إلا إذا أقرها المجلس النيابي شأنها في ذلك شأن أى قانون آخر " (الطعن رقم ٢٦ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١)

٢- لوائح البوليس : وتسمى لوائح الضبط وهى تلك التي تتضمن القواعد اللازمة للمحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة ، ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح الأماكن المقلقة للراحة

أو المضرة بالصحة ، ولوائح الباعة الجائلين ، وقد جرى العمل في مصر وقبل وضع دستور سنة ١٩٢٣ على أن تقوم السلطة التنفيذية بوضع هذه اللوائح . والواقع أنه قبل دستور سنة ١٩٢٣ كانت الحكومة تجمع في يدها بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ولذلك لم يكن هناك مجال للشك في الأساس الذي تصدر بمقتضاه هذه اللوائح ، ولكن بعد وضع دستور سنة ١٩٢٣ أصبح من اللازم البحث عن أساس تستند إليه السلطة التنفيذية في وضع لوائح البوليس ، خاصة وأن الدستور المذكور لم يعطها صراحة مثل هذا الحق ، وقد ذهب رأى الى وجود عرف دستوري يمنح السلطة التنفيذية هذا الحق ، بالإضافة الى أن دواعي السرعة تبرر قيام السلطة التنفيذية بوضع القواعد اللازمة للمحافظة على الأمن ، يضاف الى ذلك أيضا أن السلطة التشريعية تستطيع – إذا هى أرادت – أن تضع هذه القواعد بنفسها . فإذا هى لم تقم بذلك فلا يكون هناك مبرر لمنع السلطة التنفيذية من القيام بوضعها . (السيد صبري ، عثمان خليل ، سليمان مرقص ١٤٠ هامش ١) ومع ذلك فقد اعترض على هذا الرأى بأن هذه اللوائح تقيد الحريات العامة ، وتفرض عقوبات على خلاف المبدأ الدستوري في أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي ، أو بنص لائحي صادر استنادا الى تشريع . (عبد الحميد متولي ، الوسيط ص٢٨٣ وما بعدها) وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأى الأول بصدور لائحة التياترات الصادرة في ١٢ يوليو سنة ١٩١٢ . (نقض مدني ١٩٥٦/٦/٧ مجموعة أحكام النقض س٧ ص٦٩٢) وقد انتهى هذا الخلاف بصدور دستوري سنة ١٩٥٦ ، وكذلك دستور ١٩٦٤ (م١٢٢) حيث خول كل من هذين الدستوريين رئيس الجمهورية سلطة إصدار لوائح الضبط أو تفويض غيره في إصدارها . أما دستور سنة ١٩٧١ فقد نص في المادة ١٤٥ على أن " يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط وهذا النص لا يخول رئيس الجمهورية ما كان مخولا بمقتضى دستور سنة ١٩٥٦ ودستور سنة ١٩٦٤ من تفويض غيره في إصدار اللوائح المذكورة . (حسن كيرة ، مرجع سابق ص٢٤٢)

- القرار الإداري : القانون لم يعرف القرارات الإدارية ولم يبين الخصائص التي تميزها والتي يهتدي بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها من تعرض السلطة القضائية لها بتعطيل أو تأويل ، ويبني على ذلك أن للمحاكم العادية أن تعطى تلك القرارات وصفها القانوني على هدى حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد وحقوقهم ، وهى في سبيل ذلك تملك بل من واجبها التحقق من قيام القرار الإداري بمقوماته القانونية والتعرف على فحواه ، فإن ظهر لها سلامة صدوره غير مشوب بعيب ينحدر به الى درجة العدم ، كان عليها أن تعمل تطبيقه وفقا لظاهر نصوصه وتنزل ما يرتبه له القانون من آثار على النزاع المطروح ولا يعتبر ذلك منها تعرضا للقرار بالتأويل . (الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة هو ذلك القرار الذي تفصـح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضـى القوانين وذلك بقصـد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا وكان الباعث عليه مصـلحة عامة ، والثابت بمذكرة إدارة الحاصـلات الزراعية مراقبة منتجات الحبوب بوزارة التموين المرفقة صـورتها بتقرير خبير الدعوى أنه بعد سـرد الملاحظات على التكلفة المقترحة انتهت الى طلب اعتماد تكلفة طحن أردب القمح بمطاحن المؤسسـة وفقا لما أسفر عنه بحث اللجان التي قامت بالدراسـة وذيلت المذكرة باعتماد الطاعن الأول – وزير التموين – ومن ثم فما صدر منه على نحو ما سلف هو قرار إداري بالمعنى السابق تحديده والمذكرة التي ذيلت به جزء منه لا ينفصـل عنه ومفاد تحديد تكلفة الطحن فيها بالنسـبة لمطاحن المؤسسة (القطاع العام) أن نطاق القرار المذكور يقتصر على هذه المطاحن . لما كان ذلك ، وكانت طلبات المطعون ضـده في دعواه تقوم على أسـاس تطبيق القرار على مطاحن القطاع الخاص ومنها مطحنه فإن نظر الدعوى يقتضـى بالضـرورة تفسيرا للقرار لتعديل نطاق تطبيقه مما يمتنع على المحاكم العادية لخروجه عن اختصـاصـها عملا بالمادتين ١٥ ، ١٧ من قانون السـلطة القضـائية" (الطعن رقم ٨٢٢ لسـنة ٥٢ق جلسـة ١٩٨٣/٣/٢٧) وبأنه " القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بتأويله أو إلغائه أو تعديله – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو ذلك القرار الذي تفصـح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما بها من سـلطة بمقتضـى القوانين وذلك بقصـد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه مصلحة عامة " (الطعن رقم ٦٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٨) وبأنه " القانون لم يعرف القرارات الإدارية ولم يبين الخصـائص التي تميزها والتي يهتدي بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها من تعرض السلطة القضائية لهاب تعطيل أو تأويل ، وينبني على ذلك أن للمحاكم العادية أن تعطي تلك القرارات وصفها القانوني على حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السـلطات وحماية الأفراد وحقوقهم ، وهى في سـبيل ذلك تملك بل من واجبها التحق من قيام القرار الإداري بمقوماته القانونية والتعرف على فحواه فإن ظهر لها سـلامة صـدورهن غير مشـوب بعيب ينحدر به الى درجة العدم كان عليها أن تعمل على تطبيقه وفقا لظاهر نصـوصـه وتنزل ما يرتبه له القانون من آثار على النزاع المطروح ولا يعتبر ذلك منها تعرضـا للقرار بالتأويل " (الطعن رقم ١٢٥٩ لسـنة ٥٠ق جلسـة ١٩٨٦/١٢/٢٩) وبأنه " متى أوجب القانون تسبيب القرار الذي تصدره جهة الإدارة فإن التسـبيب يصبح ركنا أسـاسيا باعتباره ضمانا من ضـمانات الأفراد يترتب على إغفاله بطلان القرار لفقدانه سـبب وجوده ومبرر إصـداره ، وأنه ولئن كان الأصـل أن ترد أسـباب القرار في صـلبه إلا أنه إذا تبنى مصـدر القرار الأسـباب التي

تبديها الجهة المختصة وأحال إليها في ديباجة القرار بما يفيد إطلاعه عليها فإن ذلك يكفي لتسبيبه ، ذلك أن موافقته على ما انتهت إليه مذكرة هذه الجهة يعني أنه اتخذ من تلك الأسباب والأسانيد أسبابا لقراره . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن اللجنة المختصة بإدارة الشركات المنوط بها التحقيق مع المطعون عليهم قدمت مذكرة مؤرخة ...... بنتيجة التحقيق ضمنتها المخالفات المنسوبة إليهم واقترحت لصالح العمل عرض نتيجة التحقيق على الطاعن لإصدار قرار بتحيتهم من عضوية مجلس إدارة شركة القناة لأعمال المواني للأسباب والأسانيد التي أبدتها في تلك المذكرة ، وقد أشر الطاعن في نهايتها بالموافقة على ما جاء بها ، واتبع ذلك إصدار القرار موضوع الدعوى نفاذا لتلك الموافقة أشار في ديباجته الى إطلاعه على تلك المذكرة فإن ذلك يعني أن – مصدر القرار قد اعتنق الأسباب والأسانيد التي تضمنتها المذكرة واتخذ منها أسبابا لقراره المطعون عليه على نحو تصبح معه تلك المذكرة جزءا لا يتجزأ من القرار تضمنت أسبابه ودواعيه وسنده من القانون بما يكون معه القرار مسببا ويكون النعى عليه بخلوه من الأسباب على غير أساس " (الطعن رقم ١٢٥٤ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٣١) وبأنه " النص في الفقرتين السادسة والسابعة من المادة ١٢٨ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٧ والنص في الفقرة الثامنة من هذه المادة قبل تعديلها بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ وفي المادة ١٥٧ من ذات القانون ، يدل على أن اللجان التي استحدثها المشرع لفحص المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وهى اللجان التي صدر بتشكيلها وإجراءات عملها قرار وزير التأمينات رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٧٦ المعمول به من ١٩٧٧/١/٩ ولئن كانت بحكم تشكيلها لجانا إدارية إلا أن المشرع لم يعهد إليها بمهمة الفصل في النزاع بين الطرفين وإنما قصد من إنشائها محاولة تسوية النزاع بينهم بالطرق الودية قبل اللجوء بشأنه الى القضاء فلا تعتبر اللجان في قيامها بمهمة التسوية الودية هذه هيئات ذات اختصاص قضائي ، ولما كان ذلك ، وكان قرار لجنة فحص المنازعات إذ يصدر في نطاق العلاقة التأمينية فيما بين الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية وأصحاب الأعمال بقصد تصفية المنازعات بينهم بالطرق الودية قبل اللجوء الى القضاء فإنه لا يعتبر من قبيل القرارات الإدارية التي تفصح بها جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين يكون ممكنا وجائزا ابتغاء تحقيق مصلحة عامة وبما مقتضاه أن جهة القضاء العادي تكون هى المختصة بنظر الطعون التي يرفعها أصحاب الأعمال في هذه القرارات " (الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢١)

- أركان القرار الإداري :

١- أن يصدر من سلطة عامة ، وقد قضت محكمة النقض بأن " أن القرار إذا صدر من جهة إدارة غير مستند الى سلطتها العامة ، أو من شخص ليس له الحق في إصداره ولن يفوض قانونا في ذلك ، فإنه لا يعتبر قرارا إداريا وينحدر به هذا العيب الى العدم لافتقاره لأحد الأركان اللازمة لوجوده " (نقض ١٩٧٨/٢/٢٦)

٢-أن يصدر في المجال الإداري المحدد للسلطة مصدرة القرار ، وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان البين من قرار المحافظ رقم .... لسنة ..... أنه لا يعدو أن يكون أمرا صادرا من المحافظ الى مرءوسيه بإزالة كافة التعديات الواقعة على قطعة الأرض المبيعة للمحافظة بالعقد المسجل برقم ... لسنة .... توثيق ..... فإنه بهذه المثابة لا يتمخض عن قرار إداري فردي يستهدف إحداث مركز قانوني معين تحقيقا لمصلحة عامة ، ولا يتمتع بالحصانة القانونية أمام المحاكم المدنية " (الطعن رقم ٩٠٦ ، و٩٠٩ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٥/٢٢) وبأنه " متى كان الكتاب الدوري الذي وجهه مدير مصلحة خفر السواحل الى مرءوسيه ، لا يعدو أن يكون مجرد تعليمات صادرة الى أقسام المصلحة بما يجب عليها إتباعه في حالة وقوع تعد على أملاكها من إبلاغ السلطات الإدارية المختصة للعمل على إزالة هذا التعدي ، فإن الكتاب بهذه المثابة لا يتمخض عن قرار إداري فردي يتمتع بالحصانة القانونية أمام المحاكم العادية وينبني على ذلك أن ما يقع من رجال المصلحة في سبيل إزالة التعدي لا يكون مستندا الى قرار إداري ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر هذه التعليمات قرارا إداريا ورتب على ذلك قضاءه بعدم اختصاص المحاكم العادية (بما فيها القضاء المستعجل) بنظر دعوى إثبات الحالة المترتبة على إزالة التعدي ، فإنه يكون قد خالف القانون في مسألة اختصاص متعلق بالولاية " (نقض ١٩٦٣/٣/١٤ س١٤ ص٣٠٣)

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن " إذ كان قرار الطاعن بصفته بمجازاة المطعون ضدها العاملة بالجامعة التي يمثلها بالخصم من أجرها وإلزامها بتوريد ٢٧١ جنيه لخزينة الجامعة لإخلالها بوجباتها الوظيفية قد استهدف به إحداث أثر قانوني بمقتضى أحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة فإنه يكون قرارا إداريا تدخل الدعوى بالتعويض عنه في اختصاص محاكم مجلس الدولة وهو وإن ترتب عليه فيما تدعيه المطعون ضدها في دعواها – أن لحقت بها أضرار أدبية ومادية تتمثل في الإساءة الى سمعتها وما فاتها من كسب بخصم ثلاثة أيام من أجرها وحرمانها من الحوافز والبدلات ومكافآت الامتحانات فإن هذه الأضرار المدعاة سواء كان مردها الى عيب في القرار ذاته يمس مشروعيته وشروط صحته أو الى خطأ شاب تنفيذه فهى أضرار لحقت بها من أعمال مادية ذلك أنه متى كانت هذه الأعمال المادية قد وقعت استنادا الى القرار الإداري وتنفيذا له فلا يسوغ النظر إليها مستقلة عن ذلك القرار وهى تربط به برابطة السببية

وتستمد كيانها منه وليست مجرد أعمال منقطعة الصلة بالقرار وإذ سار الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه على غير هذا النظر واعتبر دعوى المطعون ضدها هى بطلب تعويض عن خطأ شخصي تحكمه قواعد المسئولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة ١٦٣ من القانون المدني وانتهى الى القضاء لها بالتعويض بعد رفض الدفع بعدم الاختصاص الولائي للقضاء العادي فإنه يكون قد جاوز الولاية المحددة للمحاكم فيما ينشأ بين الأفراد وجهة الإدارة من منازعة وهى ولاية تتعلق بالنظام العام " (الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٩/١١/٤) وبأنه " لما كان الطالب يهدف بطلبه الى الحكم بأحقيته في صرف بدل الإقامة بالكامل تطبيقا لأحكام القرار الجمهوري رقم ٥٨٨ لسنة ١٩٦١ عن عمله القضائي في محكمتى قنا وأسوان ، فإن هذا الطلب يعد من قبيل طلبات التسوية التي تقدم استنادا الى حق ذاتي مقرر مباشرة في القانون وغير رهين بإرادة الإدارية مما مؤداه أن يكون ما تصدره الإدارة من أوامر أو تصرفات بهذه المناسبة مجرد أعمال تنفيذية تهدف الى تطبيق القانون على حالة الطالب ، ولا يكون هذا الإجراء من جانبها قرارا إداريا بمعناه القانوني ، وبالتالي فلا يتقيد الطعن عليه بالميعاد المنصوص عليه في المادة ٩٢ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ بشأن السلطة التنفيذية " (نقض ١٩٦٩/١٢/٣٠ س٢٠ ص١١٣٠) وبأنه " نصت الفقرة العاشرة من المادة التاسعة من القانون المدني السابق – المنطبق على واقعة الدعوى – على أن الآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية ، يكون معتبرا بذاته من المنافع العامة ، كما ذكرت الفقرة الحادية عشرة منها أن المال الثابت أو المنقول إذا تخصص بالفعل للمنفعة العامة كان عاما أيضا ، ولما كانت المادة السادسة من قانون الآثار رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ تنص على أن " أراضي الحكومة المقررة أو التي سيتقرر أنها أثرية تعد جميعها من أملاك الحكومة العامة " ، وكان هذا النص واضح الدلالة على أن الأرض لا تعتبر أثرية إلا إذا تقرر ذلك من قيل الحكومة ، أى صدر به قرار من مجلس الوزراء أو على الأقل من وزير الأشغال المكلف بتنفيذ هذا القانون فما يخصه بمقتضى المادة الثانية والعشرين منه ، فإن كل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قرارا من هذا القبيل لا يمكن – في علاقة الحكومة بالجمهور – أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من ملك الحكومة الخاص الى ملكيتها العامة ، ومن ثم لا يكفي لاعتبار الأرض أثرية غير ممكن اكتسابها بوضع اليد بمضى المدة – يراعى نص المادة ٩٧٠ من القانون المدني الجديد بعد تعديلها وحظر تملك أراضي الدولة الخاصة بالتقادم – مجرد صدور قرار من مراقبة الأملاك باعتبارها كذلك ولا وصفها بأنه أثرية في قوائم المساحة والتحديد . (الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٢)

- انعدام القرار الإداري في حالة تخلف أحد أركانه : القرار الذي يصـــدره موظف لم يخوله القانون الحق في ذلك ، يكون قرارا معدوما ، والقرار الذي تصدره السلطة الإدارية في مسألة يلزم لها إصدار قانون هو قرار معدوم ، أو في مسألة تنفرد السلطة القضائية الفصل فيها كما في فسخ العقود والإخلاء .

وقد قضت محكمة النقض بأن " تنص المادة ٢٠ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٤٦ على أن " لوزير الأشغال أن يطعن في صحة انعقاد الجمعية العمومية أو في قرارها باعتماد تأليف مجلس النقابة وذلك بتقرير يبلغ لمحكمة النقض في خلال ١٨ يوما من تاريخ إخطاره بقرارات الجمعية العمومية ويجوز لستين عضوا على الأقل ممن حضروا الجمعية العمومية بشرط التصديق على إمضاءاتهم الطعن في تلك القرارات خلال ١٨ يوما من تاريخ انعقاد الجمعية العمومية أو صدور هذه القرارات حســب الأحوال ..." ، وإذ تبين من الحكم المطعون فيه أنه اســتخلص للأســباب السائغة التي أوردها وفي حدود سلطته التقديرية أن المطعون عليه الأول انتخب عضوا عن شعبة هندسة المناجم والبترول وأن الجمعية اعتمدت نتيجة هذه الانتخابات في ذات اليوم ، وكان الثابت أن أحدا لم يطعن في صـــحة انعقاد الجمعية العمومية أو في قراراها أمام الجهة المختصــة وهى محكمة النقض في الميعاد الذي نص عليه القانون فإن قراراها باعتماد نتيجة هذه الانتخابات يكون قد تحصــن وبالتالي يكون القرار بإعادة الانتخابات معدوما وهو ما ترتب عليه لصــدوره ممن لا يملكه ومشــوبا بمخالفة صــارخة للقانون بما يجرده عن صــفته الإدارية ويسـقط عنه الحصــانة المقررة للقرارات الإدارية ويخضــعه بالتالي لاختصـــاص المحاكم القضــائية وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يمون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٥٤٦ لســنة ٤٤ق جلســة ١٩٧٨/٤/٢٥) وبأنه " لا يســوغ لمدير إدارة الأموال التي آلت الى الدولة أن يضــيف الى تلك الأموال مالاً لم يكن خاضعا للحراسة أصلا أو مالاً كان قد قضى نهائيا باستبعاده من الخضوع لها – إذ يلتزم باحترام الأحكام حجة عليه بوصــفه ممثلا – قانونا – للســلطة العامة التي آلت إليها الأموال وهى ذات الســلطة التي كانت قد عينت الحارس العام وناطت به المحافظة على تلك الأموال تحقيقا للمصلحة العامة التي اقتضت فرض الحراسة ، إذا كان ذلك فإن قرار لجنة تحقيق الديون الصادر بعد رفع الحراسة وأثناء نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر في موضوع الدعوى بإضـــافة مبلغ الأتعاب المطالب به الى الأصــول التي آلت الى الدولة بحكم القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ يكون قد اقتطع مالا لم يكن خاضعا للحراسـة ، فهو قرار ينطوي على مخالفة من جانب اللجنة التي أصدرته للحكم القضـائي النهائي الذي كان قد قضـى من قبل بعدم خضـوع هذه الأتعاب لتقدير الحراسة مما يجعله اعتداء من جانب جهة إدارية على ولاية السلطة القضائية وإهدار لحجية الحكم من أحكامها ومن ثم غصبا للسلطة ينحدر الى مستوى الفعل المادي المعدون

الأثر قانونا ، وبذلك يغدو مجرد عقبة مادية في سبيل استفادة ذوي الشان من مراكزهم القانونية المشــروعة وهو ما يخرجه من عداد القرارات الإدارية ويجرده من الحصـــانة المقررة لها ويخضـعه لاختصــام المحاكم صــاحبة الولاية العامة بنظر كافة المنازعات إلا ما اسـتثنى بنص خاص ومن ثم لا يدخل عليه في اختصـــاص القضـــاء الإداري " (الطعن رقم ٢٠١ لســنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٢/٥) وبأنه " مفاد نصوص المواد السادسة والسابعة والثامنة من القانون رقم ٢٢٢ لسـنة ١٩٥٥ بشـأن قرض مقابل تحسـين على العقارات التي يطرأ عليها تحسـين بسـبب أعمال المنفعة العامة أن القانون ناط باللجنة المنصـــوص عليها في المادة الثامنة منه ولاية الفصـــل في الطعون التي يرفعها ذوو الشأن عن القرارات الصادرة بفرض مقابل التحسين على عقاراتهم وأن قرار هذه اللجنة هو قرار إداري نهائي صـــادر من لجنة إدارية ذات اختصـــاص قضـــائي ، وإذ لم يرد في هذا القانون نص خاص يخول القضـــاء العاجي ولاية الفصـــل في الطعون التي ترفع عن قرارات اللجنة المذكورة ، وكان القرار المطلوب إلغاؤه قد صـــدر من اللجنة المختصـــة بنظر الطعون في مقابل التحسين ، فإن هذا القرار يكون قد استكمل في ظاهره مقومات القرار الإداري غير مشوب بعيب بالغ الجسامة وظاهر الوضوح بحيث يجرده من الصفة الإدارية وينحدر به الى درجة العدم ومن ثم فلا تختص المحاكم العادية بالفصل فيما يرفع عنه من دعاوى بطلب إلغائه أو وقف تنفيذه أو عدم الاعتداد به وإنما يكون الاختصـــاص بالفصـــل فيها منعقد لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري " (الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/١٠/٢٦) وبأنه " القرار – الصادر من اللجنة المختصـــة بنظر الطعون في مقابل التحسـين – المطلوب إلغاؤه وأن تضـمن مسـاسـا بحجية حكم قضائي سابق إلا أنه استكمل في ظاهره مقومات القرار الإداري غير مشوب بعيب بالغ الجســامة وظاهر الوضـــوح بحيث يجرده من الصـــفة الإدارية وينحدر به الى درجة العدم ، ومن ثم فلا تختص المحاكم العادية بالفصل فيما يرفع عنه من دعاوى بطلب إلغائه أو وقف تنفيذه أو عدم الاعتداد به وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضـى باختصـاص القضـاء العادي بنظر الدعوى المرفوعة بإلغاء قرار لجنة الطعون في مقابل التحســين باعتبار أن هذا القار هو قرار إداري معدوم ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/١٠/٢٦)

- شروط صحة القرار الإداري : يشترط عدة شروط لصحة القرار الإداري أولها الاختصاص ، وثانيها الشكل ، وثالثها المحل ، ورابعها السبب ، وخامسها الغاية . (انظر في ذلك المراجع المتخصصة في شروط صحة القرار الإداري)
- أثر إلغاء القرار الإداري ، وقد قضـــت محكمة النقض بأن " إذا ألغى قرار لوزير المالية في جميع نصـوصـه بحكم محكمة القضـاء الإداري اسـتنادا الى عدم عرضـه على قسـم التشـريع

بمجلس الدولة ، وإلى أنه قرار وزاري اســتحدث قاعدة جديدة ما كان له – طبقا لأحكام الدسـتور – أن يقيم لها أثرا رجعيا ، فإن مقتضــى حكم الإلغاء على هذا النحو هو اعتبار هذا القرار منعدما من يوم صدوره وإلغاء كل ما يترتب عليه من آثار" (نقض ١٩٦٧/٥/٢ س١٨ ص٩٣١)

- تعليمات النيابة العامة لا تعدو أن تكون تعليمات إدارية ، وقد قضـــت محكمة النقض بأن " تعليمات النيابة الصـــادرة بكتبها الدورية بعدم قبول النيابات أية أوراق قضـــائية لإعلانها في الخارج إلا إذا كانت من أصـــل وصـــورتين لكل شـــخص من المطلوب إعلانهم ومرفقا بها ترجمة واضـــحة وكاملة لها بلغة البلاد المطلوب إجراء الإعلان فيها ، هى تعليمات إدارية والخطاب فيها مقصـــور على من وجهت إليه من رجال النيابة وموظفيها وليســت لها منزلة التشـــريع الملزم للأفراد ولا يمكن أن تعدل من أحكام قانون المرافعات لأن هذا القانون لا يجوز تعديله إلا بتشـــريع في مرتبته ومن ثم فإن مخالفة تلك التعليمات فيما توجبه من تقديم صـــورة ثانية غير التي أوجبت المادة ٧٥ مرافعات تقديمها ومن إرفاق ترجمة بلغة البلد المطلوب إجراء الإعلان فيها لا يترتب عليه بطلان الصـــحيفة أو تعطيل أثرها في قطع مدة السقوط متى كانت بياناتها صحيحة وكاملة وفقا لقانون المرافعات " (الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥)
- تعليمات الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة مجرد تعليمات إدارية ، وقد قضـــت محكمة النقض بأن " المقرر – في قضـــاء هذه المحكمة – أن تعليمات الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة لا تعدو أن تكون مجرد تعليمات إدارية ليســت لها منزلة التشــريع ولا يجوز لها أن تعدل أحكامه " (الطعن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٧/٣٠)
- وفتاوى مجلس الدولة الخاصـــة بتنظيم العاملين بالقطاع العام ليس لها صـــفة الإلزام ، وقد قضت محكمة النقض بأن " فتاوى مجلس الدولة بصدد نظم العاملين بالقطاع العام لا تعدو – وعلى ما اسـتقر عليه قضـاء هذه المحكمة – أن تكون مجرد آراء ليسـت لها صـفة الإلزام " (الطعن رقم ٢٤١٥ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٧)
- واللائحة التي تصدر من الوزير بدون تفويض لا تعدو أن تكون تنظيما داخليا ، وقد قضت محكمة النقض بأن " القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء نقابة المهن الهندسية والقانون رقم ٧٧ لسـنة ١٩٥٧ المعدل له فوضـا وزير الأشـغال في إصـدار القرارات اللازمة لتنفيذهما – وقد أصـدر وزير الأشـغال بناء على هذا التفويض القرار رقم ٩٦٩٩ لسـنة ١٩٥٩ بإصـدار اللائحة الداخلية لنقابة المهن الهندسـية ولم تتضـمن هذه اللائحة أى نص بشـأن تحديد أتعاب المهندسـين كما أن المشـرع حين بين في القانونين المذكورين اختصـاصـات مجلس النقابة لم

يذكر من بينها تحديد هذه الأتعاب ، ولما كانت اللائحة المعنونة " بلائحة الأتعاب وتقاليد المهنة لشعبة الهندسة المعمارية " ، التي استند إليها الحكم المطعون فيه لم تصدر بتفويض من المشرع ولا تعدو أن تكون تنظيما داخليا فإنه لا يكون لها صفة اللائحة بمدلولها القانوني . فإذا أسبغ عليها الحكم المطعون فيه صفة اللائحة وأنزلها منزلة النص التشريعية وجعل لها قوته الملزمة فإنه يكون مخالفا للقانون " (الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥)

- الرقابة على دستورية القوانين : تعرف الرقابة على صحة التشريعات العادية من حيث موافقتها للدستور ، بالرقابة على دستورية القوانين ، وقد رأينا أن مخالفة القانون العادي الدستوري من حيث الشكل تؤدي بالمحاكم الى الامتناع عن تطبيق القانون ، ولم يثر هذا الأمر أى خلال في الرأى ولكل مجمع عليه ، ذلك لأن القانون في مثل تلك الحالات لا يعتبر له وجود قانوني صحيح ، أو على الأقل لا يكون واجب التطبيق ، وعلى المحاكم أن ترعى ذلك ، وإلا فإنها تطبق قانونا لا وجود له ، أو له وجود ولكنه لم يصر نافذا هذا من حيث مخالفة الشروط الشكلية . أما من حيث مخالفة الأحكام الموضوعية للدستور فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الدستور مرنا أو جامدا . ففي البلاد ذات الدساتير المرنة وهى التي يمكن تعديلها بتشريع عادي يعتبر صدور قانون مخالف للدستور تعديلا له ، متى كان القانون صحيحا من حيث الشكل . أما في البلاد ذات الدساتير الجامدة التي لا يمكن تعديلها بتشريع عادي ، فإن حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين من حيث الموضوع أمر مختلف عليه ، سواء في دساتير الدول وفي مسلك المحاكم وأراء الفقهاء ، ويمكن رد الخلاف في هذا الصدد الى اتجاهين . ففي اتجاه أول قيل بمنع المحاكم أصلا من التعرض لدستورية القوانين من حيث الموضوع ، وذلك استنادا الى مبدأ الفصل بين السلطات ، لأن وظيفة السلطة القضائية تطبيق القانون فقط ، وليس لها رقابة على السلطة التشريعية التي تقوم بسن القوانين ، وقد أخذت دساتير بعض الدول بهذا الاتجاه فنصت على منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . وفي اتجاه ثان اعترف المحاكم بحق النظر في دستورية القوانين . فإذا كانت القوانين مخالفة للدستور امتنعت المحاكم عن تطبيقها ، ويستند هذا الرأى الى أن المحاكم تطبق القوانين بمعناها الواسع سواء أكانت القوانين العادية أم الدستور . فإذا ما خالف قانون عادي أحكام الدستور امتنعت المحاكم عن تطبيقه احتراما لمبدأ تدرج القوانين من حيث القوة ، والدستور أعلى من القانون العادي ، ومن جهة أخرى قيل أننا إذا حرمنا السلطة القضائية من الرقابة على دستورية القوانين لكان في هذا إرغاما لها على تطبيق قانون مخالف الدستور تفرضه عليها السلطة التشريعية ، وفي هذا إهدار لاستقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها ، وأخيرا قيل في تأييد هذا الاتجاه أنه إذا كان الجميع متفقين على إعطاء المحاكم حق رقابة

التشريعات الفرعية (اللوائح) وعدم مخالفتها للدستور أو للتشريع العادي من حيث الموضوع . فلماذا ننكر على المحاكم حقها هنا بالنسبة للتشريع العادي ، وقد ساد هذا الرأى الأخير في كثير من الدول ، وفي مصر كان الخلاف السابق صداه سواء في الفقه والقضاء ، وقد ظل الخلاف الى أن أنشئ مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ فاستقرت محكمة القضاء الإداري على الأخذ بالاتجاه الأخير والامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور . (انظر محسن خليل ، النظم السياسية ص٦١٢) ولما صدر قانون المحكمة العليا في مصر رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ جعل هذه المحكمة وحدها حق النظر في دستورية القوانين ، فقد نص على أن لها دون غيرها الفصل في دستورية القوانين ، وذلك إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم ، وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعادا للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع . فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر كأن لم يكن ، وعلى ذلك ففي ظل قانون المحكمة العليا صار الفصل في دستورية القوانين من حق هذه المحكمة وحدها ، فليس لأية محكمة أخرى أن تتعرض لهذا الموضوع ، ولما صدر الدستور الدائم في مصر ١٩٧١ نص على إنشاء محكمة دستورية عليا ، وجعل لها دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وبذلك ينتقل الاختصاص بالنظر في دستورية القوانين الى تلك المحكمة عندما يتم تشكيلها حيث تظل المحكمة العليا تمارس اختصاصاتها حتى يتم هذا التشكيل . (توفيق فرج ، مرجع سابق ، محسن خليل ، النظم السياسية ص٦١٣ ، ٦١٧) ، وقد صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا الذي نص على إلغاء قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ وقانون الإجراءات والرسوم أمامها رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ والقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٦ الصادر ببعض الأحكام الخاصة بالمحكمة العليا ، ونصت المادة ٢٥ منه على اختصاص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، والفصل في تنازع الاختصاص والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين من جهتى قضاء مختلفتين ، ونصت المادة ٢٦ على اختصاصها بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية أو القرارات بقوانين

- تفسير التشريع : التفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم له المشرع نفسه ، ويتحقق ذلك بأحد طريقتين ، فقد تصدر القاعدة المفسرة مع النص ، فيوضح بذلك المقصود بأمر معين ، ومثل ذلك ما نص عليه في المادة ٨٥ عقوبات مصري من تحديد معنى السر فيما يتعلق بالجرائم الماسة بأمن الدولة . وقد تصدر القاعدة المفسرة في تاريخ لاحق ، ذلك أن الخلاف قد يثور بين المحاكم حول تفسير قصد المشرع مما يؤدي الى أن بعضها يقضي خلافا لما هو

مقصود من التشريع ، ولهذا يتدخل المشرع نفسه لكى يحسم الأمر ويوضحه ، فيضع بذلك حدا لما يمكن أن يثور بالنسبة للوصل الى قصده ، وذلك عن طريق وضع تشريع تفسيري ، يفسر به التشريع الغامض .

وقد قضت محكمة النقض بأن " ولا يؤثر في حق المشرع في إصدار تفسير تشريعي استطالة لزمن بين القانونين ، كما أن قيام التعارض في الأحكام ليش بشرط لازم لإصدار التشريع التفسيري ، ويكفي في هذا الصدد لتدخل المشرع بالتفسير عدم استبانة قصد المشرع الحقيقي من التشريع المفسر " (نقض مدني ٧ مايو ١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني س١٠ عدد ٢ ص٣٩)

وقد يصرح المشرع أن التشريع تفسيري ، وفي هذه الحالة لا صعوبة في الوقوف على طابع هذا التشريع التفسيري ، فلا يمكن إضفاء هذا الطابع عليه إلا إذا صدر بصدد موضوع خلافي ، وكان التشريع الجديد يدخل في نطاق التشريع الذي ثار الخلاف حول تفسيره ، ويصدر التفسير التشريعي عادة من السلطة التي أصدرت التشريع الأول المراد تفسيره ، إلا أن الظروف قد تقضي أن تفوض هذه السلطة سلطة أخرى في القيام بإصدار التشريع التفسيري ، ومن أمثلة التفسير التشريعي ما صدر في شأن المادة ٧٣ من قانون العمل ١٩٥٩ فقد نصت هذه المادة على احتساب مكافأة نهاية الخدمة على أساس أجر نصف شهر عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى ، وأجر شهر عن كل سنة من السنوات التالية مع اتخاذ الأجر الأخير أساسا لحساب المكافأة ، ولم يبين نص القانون ما إذا كانت المكافأة عن مدة الخدمة السابقة على صدوره ، تستحق على أساس القانون الجديد أم على أساس القوانين التي كان معمولا بها قبل صدوره مما أدى الى تعارض الآراء في شأن تفسيره ، بعضها صدر طبقا لما قصده المشرع ، وبعضها فسر على غير هذا القصد مقررا أن تصرف المكافأة على أساس مدة الخدمة كلها – السابقة واللاحقة على العمل به – طبقا لأحكام القانون الجديد . لهذا تدخل المشرع لتوضيح قصده بإضافة فقرة جديدة الى المادة ٢ من قانون إصدار قانون العمل تقضي بأنه " لا يسري حكم المادة ٧٣ من القانون المرافق فيما يتعلق بمكافأة مدة الخدمة السابقة على العمل به ، إلا في حدود ما كان منصوصا عليه في القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ .... وعلى أساسا الأجر وقت انقضاء العقد " ، ويضيف القانون الى ذلك أنه يعمل بهذا من تاريخ العمل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ وهو قانون العمل – وما كان الأمر في حاجة الى هذا النص الأخير ، لأن التشريع التفسيري يرجع الى الماضي ، أى الى الوقت الذي صدر فيه القانون السابق ، ومن أمثلة التفسير التشريعي كذلك المرسوم بقانون رقم ٤٥ الصادر في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ تفسيرا للمرسوم الصادر في ٢ أغسطس ١٩١٤ بشأن تقرير السعر الإلزامي لأوراق البنكنوت ، وبطلان شرط الدفع بالذهب ، ذلك أن المرسوم الصادر في ١٩١٤ قد فرض السعر الإلزامي لأوراق البنكنوت ، وقرر بطلان شرط

الدفع بالذهب بصيغة مطلقة ، ولكن المحاكم المختلطة فسرته بأن المقصود هو بطلان شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية فقط دون المعاملات الخارجية ، فجاء المرسوم التفسيري سنة ١٩٣٥ مبينا أن بطلان شرط الدفع بالذهب ينصرف الى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء ، ومن أمثلة التفسير التشريعي الذي يصدر عن سلطة غير السلطة التي أصدرت التشريع ما حصل بالنسبة لقانون المعاشات الذي صدر سنة ١٩٢٩ ، إذا فرض هذا القانون مجلس الوزراء في تفسيره بقرار يصدر منه ، وكذلك ما حدث بالنسبة لقانون الإصلاح الزراعي ، فقد نصت المادة ١٢ مكرر من قانون الإصلاح الزراعي ، التي أضيفت بالمرسوم رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ على أن " اللجنة العليا للإصلاح الزراعي تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراتها في هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر في الجريدة الرسمية " ، وما حدث أيضا بالنسبة لقانون العاملين المدنيين ، حيث نص على إنشاء لجنة التفسير هذا القانون . هذا وراعى أن التفسير التشريعي يعد ملزما للقاضي ، أى أن القاضي يتقدم به عندما يعرض لتطبيق التشريع الأصلي الذي جاء التفسير بصدده ، كما يراعى أيضا أن التشريع التفسيري يعتبر أنه قد صدر في القوت الذي صدر فيه التشريع الأصلي ، ويطبق تبعا لذلك على التصرفات والوقائع التي تحدث في الفترة بين صدور التشريعين ، طالما أنه لم يكن قد صدر بشأن تلك التصرفات والوقائع حكم نهائي ، إذ الواقع أن هذا التفسير إذا كان يحدد ويوضح التشريع السابق ، ويزيل ما ثار حوله من غموض ، وبالتالي يعتبر أنه قد جدد في هذا الصدد ، دون أن يضع قاعدة جديدة ، على ما بينا من قبل ، إلا أنه مع ذلك يعتبر كاشفا عن حقيقة مراد الشارع ، وليس منشئا لحكم جديد ، مما يجعل من المستساغ سريانه منذ تاريخ العمل بالقانون محل التفسير .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان التفسير التشريعي هو التفسير الذي يضعه المشرع ليبين به حقيقة قصده من تشريع سابق ومبنى حكم هذا التشريع حسما لما يثار من خلاف بشأنه ، وكان التشريع المفسر لا يلغي التشريع السابق ، ولا يعتبر من الناحية الموضوعية تشريعا جديدا طالما أنه يوضح قصد المشرع من التشريع السابق عليه ، وهو بهذه المثابة يعتبر أنه قد صدر مع التشريع الذي يفسره فيسري على الحالات التي لم يفصل فيها دون أن يكون له أثر رجعي . لما كان ذلك ، وكان المشرع قد أفصح في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ عن قصده من إصداره وهو إعادة تنظيم العلاقة الإيجارية إزاء أزمة الإسكان التي ظهرت في معظم دول العالم – وبالذات الدول النامية – بعد الحرب العالمية الأولى وكثرة التشريعات التي صدرت قبله بصدد معالجة هذه الأزمة مما اقتضى وضع هذا القانون ليساير الأوضاع الراهنة ويكون شاملا لجميع الأحكام التي تنظم العلاقة بين الملاك والمستأجرين وكانت المادة ٤٧ منه قد نصت على إلغاء القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وبعض القوانين الأخرى فإن هذا قاطع في أن المشرع

لم يقصد به تفسير القانون السابق عليه والذي ألغاه . لما كان ما تقدم ، وكان يتنافى مع وصف التشريع بأنه تفسيري أن تكون المسألة التي تناولها النص الجديد مسكوتا عنها في التشريع السابق ، وكانت عناية القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في المادة ٢١ منه بتنظيم أثر وفاة المستأجر على امتداد عقد الإيجار ، مع أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لم يسبق له معالجتها يتجافى مع القول بأنه تشريع تفسيري ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ١٤٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٨) وبأنه " لئن كان من حق المشرع أن يصدر تشريعا تفسيريا يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق منها لكل تأويل أو لبس إلا أن شرط ذلك ألا يضيف جديدا الى القانون السابق أما حيث يورد القانون الجديد حكما مستحدثا أو نصا يتناول بالتعديل أو التغيير نصا قائما فإنه لا يعد تشريعا تفسيريا ، ولما كان ما أوردته المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن أحقية مالك العقار في الحالات التي يجوز فيها للمستأجر بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكنى في تقاضي نصف ثمن أو مقابل التنازل بحسب الأحوال بعد خصم قيمة المنقولات التي بالعين يتضمن تعديلا لنص المادة ٢/٥٩٤ من القانون المدني وليس لها مقابل في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ومن ثم فإنها لا تعد تشريعا تفسيريا لأى من القانونين المذكورين ولا يرتد إعمالها الى تاريخ العمل بأى منهما وإنما يسري عليها ما يسري على سائر التشريعات من أحكام خاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان " (الطعن رقم ١٧٢٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/١/٧) وبأنه " التفسير التشريعي هو التفسير الذي يضعه المشرع ليكشف به حقيقة مراده من المعاني التي يحتملها تشريع سابق فيعتبر جزءا منه – يجلو به ما يكتنفه من ذلك الغموض والإبهام بما يتعين معه تطبيق التشريع الأصلي بالمعنى الذي يحدده هذا التفسير على كافة الوقائع التي حدثت منذ صدور ذلك التشريع ما لم تكن قد صدرت بشأنها أحكام قضائية نهائية ، ولا يعد تفسيرا تشريعيا ذلك الذي يخرج على أحكام نص سابق أو يلغيه أو يعدله بحكم يخالفه أو يستحدث معنى جديدا لم تكن تحتمله عباراته دون أن ينص على سريانه استثناء بأثر رجعي فلا ينعطف أثره على الماضي ولا ينطبق على الوقائع السابق ، ولما كانت المادة الثانية من القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ ، والمادة السادسة من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ قد نصت على أن " يكون الاكتتاب في سندات الإسكان المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ ..... مقصورا على مباني الإسكان الإداري ومباني الإسكان الفاخر وذلك مهما بلغت قيمتها ، ويقصد بالإسكان الإداري في تطبيق هذا الحكم مباني المكاتب والمحال التجارية والفنادق والمنشآت السياحية " ، وكان مؤدى هذا النص أن المشرع نظم من جديد الحالات التي يخضع الترخيص ببنائها لشروط الاكتتاب فاستبعد مباني

الإسكان الاقتصادي والمتوسط وفوق المتوسط من الخضوع لهذا الشرط مهما بلغت قيمتها ، بعد أن كانت خاضعة له متى بلغت قيمتها خمسين ألف جنيه فأكثر وأخضع لهذا الشرط مباني الإسكان الإداري ومباني الإسكان الفاخر ولو قلت قيمتها عن النصاب المشار إليه بعد أن كان خضوعها منوطا ببلوغ هذا النصاب ، كما أخضع لهذا الشرط وبصرف النظر عن هذا النصاب أيضا مباني المكاتب والمحال التجارية والفنادق والمنشآت السياحية التي اعتبرها في تطبيق هذا التنظيم الجديد من مباني الإسكان الإداري ، بعد أن كانت عدا النوع الأول منها غير خاضعة له – ولم تكن تحتملها عبارات النص السابق – وكان هذا التنظيم الجديد لأحوال الاكتتاب من شأنه أن يلغي التنظيم السابق المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ وذلك تطبيقا لنص المادة الثانية من القانون المدني ، فإن نص المادة الثانية من القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ لا يكون تفسيرا لتلك الفقرة التي ألغاها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأن مباني المخازن لا تخضع لشروط الاكتتاب المنصوص عليه في المادة السادسة سالفة البيان ، فقد التزم التطبيق القانوني الصحيح " (الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن " أصدر المشرع القانون رقم ٥٠٧ لسنة ١٩٥٥ ونص بالمادة الأولى منه على أن تستبدل بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية النص الآتي " ومع ذلك فالزيادة التي لا تتجاوز ١٠% والنقص الذي لا يتجاوز ٥% من البضائع المشحونة صبا لا يستوجبان تقرير الغرامة ولا تستحق الرسوم الجمركية على ما نقص من البضائع في حدود النسبة المشار إليها " ، وهذا القانون – وفقا لما تراه محكمة النقض – قانون تفسيري كشف به المشرع عن حقيقة المراد بالنص الوارد في القانون المفسر فأوضح أن الإعفاء المقرر بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية مقصور على البضائع المشحونة صبا دون تلك التي تشحن في طرود ، وقد أصدره المشرع بمقتضى ما له من الحق الدستوري في إصدار تشريع تفسيري – هذا الحق الذي لا يؤثر فيه استطالة الزمن بين القانونين – ولا استقرار أحكام القضاء الابتدائي والاستئنافي فيما فصلت فيه من قضايا مماثلة على وجهة نظر واحدة غير متعارضة – ذلك أن قيام التعارض في الأحكام ليس بشرط يلزم توافره قبل أن يعمد المشرع الى إصدار التشريع التفسيري – بل يكفي في هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستبن قصده الحقيقي من التشريع المفسر – ولما كان الحكم المطعون فيه قد أطلق حكم الإعفاء على البضائع المشحونة في طرود مخالفا بذلك ما استهدفه الشارع بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " (الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/٥/٧)

- والتشريع التفسيري يتبع التشريع الأصلي وجوداً أو عدماً ، وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان التفسير التشريعي الذي يضعه المشرع ليبين به حقيقة قصده من تشريع سابق – سابق في صدوره على التشريع التفسيري – ومبنى حكم هذا التشريع حسما لا يثار من خلاف بشأنه ، وكان التشريع المفسر لا يلغى التشريع السابق ، ولا يعتبر من الناحية الموضوعية تشريعا جديدا طالما أنه يوضح قصد المشرع من التشريع السابق عليه ، وهو بهذه المثابة يعتبر أنه قد صدر مع التشريع الذي يفسره فيسري على الحالات التي لم يفصل فيها دون أن يكون له أثر رجعي . لما كان ذلك ، وكان المشرع قد أفصح في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ عن قصده من إصداره وهو إعادة تنظيم العلاقة الإيجارية إزاء أزمة الإسكان التي ظهرت في معظم دول العالم – وبالذات الدول النامية – بعد الحرب العالمية الأولى وكثرة التشريعات التي صدرت قبله بصدد معالجة هذه الأزمة مما اقتضى وضع هذا القانون ليساير الأوضاع الراهنة ويكون شاملا لجميع الأحكام التي تنظم العلاقة بين الملاك والمستأجرين ، وكانت المادة ٤٧ منه قد نصت على إلغاء القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وبعض القوانين الأخرى فإن هذا قاطع في أن المشرع لم يقصد به تفسير القانون السابق عليه والذي ألغاه . لما كان ما تقدم ، وكان تنافى مع وصف التشريع بأنه تفسيري أن تكون المسألة التي تناولها النص الجديد مسكوتا عنها في التشريع السابق ، وكانت عناية القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في المادة ٢١ منه بتنظيم أثر وفاة المستأجر على امتداد عقد الإيجار ، مع أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لم يسبق له معالجتها ، يتجافى مع القول بأنه تشريع تفسيري ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (نقض ١٩٧٧/١٢/٢٨ س٢٨ ص١٩٠٢)
- ومن حق المشرع إصدار قانوناً تفسيرياً يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق، وقد قضت محكمة النقض بأن " أصدر المشرع القانون رقم ٥٠٧ لسنة ١٩٥٥ ونص بالمادة الأولى منه على أن تستبدل بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية النص الآتي " ومع ذلك فالزيادة التي لا تتجاوز ١٠% والنقص الذي لا يتجاوز ٥% من البضائع المشحونة صبا لا يستوجبان تقرير الغرامة ولا تستحق الرسوم الجمركية على ما نقص من البضائع في حدود النسبة المشار إليها " – وهذا القانون – وفقا لما تراه محكمة النقض – قانون تفسير كشف به المشرع عن حقيقة المراد بالنص الوارد في القانون المفسر فأوضح أن الإعفاء المقرر بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية مقصور على البضائع المشحونة صبا دون تلك التي تشحن في طرود ، وقد أصدره المشرع بمقتضى ما له من الحق الدستوري في إصدار تشريع تفسيري – هذا الحق لا تؤثر فيه استطالة الزمن بين القانونين –

ولا استقرار أحكام القضاء الابتدائي والاستئنافي فيما فصلت فيه من قضايا مماثلة على وجهة نظر واحدة غير متعارضة – ذلك أن قيام التعارض في الأحكام ليس بشرط يلزم توفره قبل أن يعمد المشرع الى إصدار التشريع التفسيري – بل يكفي في هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستبين قصده الحقيقي من التشريع المفسر – ولما كان الحكم المطعون فيه قد أطلق حكم الإعفاء على البضائع المشحونة في طرود مخالفا بذلك ما استهدفه الشارع بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " (الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/٥/٧) وبأنه " المقرر أن من حق المشرع أن يصدر قانونا تفسيريا يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق وإن هذا الحق لا يؤثر فيه استطالة الزمن بين القانونين ، وأن القانون التفسيري يعتبر كاشفا عن حقيقة مراد الشارع من تاريخ سريان القانون السابق الذي فسره لا منشئا لحكم جديد . لما كان ذلك ، فإن العاملين في الزراعة المستثنين من أحكام القانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية – هم فقط العاملون الذين يقومون بأعمال الفلاحة البحتة – بما مؤداه أن غير هؤلاء من العاملين في الزراعة بصفة غير مباشرة كمن يؤدون – الأعمال الزراعية – شأن ناظر الزراعة أو أعمال الحراسة والمشتغلين على الآلات الميكانيكية فإنهم يخضعون لأحكام جميع أنواع التأمينات الاجتماعية التي ينظمها القانون سالف الذكر . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أطلق عبارة عمال الزراعة المستثنين من أحكام القانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ على كل من يعمل في الزراعة بصفة مباشرة أو غير مباشرة سواء منهم القائمين بأعمال الزراعة البحتة أو الذين يؤدون الأعمال الإدارية أو أعمال الحراسة وسوى في الحكم بينهم في عدم خضوعهم جميعا لكافة أنواع التأمينات الاجتماعية عدا المشتغلين منهم على آلات ميكانيكية الذين يخضعون لتأمين إصابة العمل فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتفسيره بما يستوجب نقضه " (الطعن رقم ٢٢٨ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٦)

- ويجوز للمحكمة أن تتصدى لتفسير القانون التفسيري ، وقد قضت محكمة النقض بأن " قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف وبإنهاء العلاقة الإيجارية بين المطعون عليهن والطاعن عن قطعة الأرض السابق بيانها ، على سند من التفسير التشريعي الصادر بالقرار رقم ١ لسنة ١٩٦٣ من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي باعتبار أن تلك القطعة داخلة ضمن كردون مدينة دمنهور ، ورتب على ذلك اعتبارها من الأراضي المعدة للبناء فلا تخضع لأحكام قانون الإصلاح الزراعي في خصوص امتداد عقود إيجار الأراضي الزراعية ، وهو من الحكم خطأ في تطبيق القانون ، ذلك أن القرار التفسيري سالف الذكر لا ينصرف إلا الى أحكام قانون الإصلاح الزراعي المتعلقة بتعيين الحد الأقصى للملكية الزراعية لمنع

إفلات شيء من أراضيها بإجراء التقسيم بعد صدوره لإسباغ وصف الأراضي المعدة للبناء على الأجزاء الوائدة على ذلك الحد وهو تفسير مقصور على المقصود من وضعه ولا ينسحب الى غير الحالات التي صدر لمعالجتها مما يتعين معه فيها بحث حالة كل قطعة أرض على حدة للتعرف التي صدر لمعالجتها مما يتعين معه فيها بحث حالة كل قطعة أرض على حدة التعرف على وضعها الصحيح من حيث كونها أرضا زراعية أو أرضا معدة للبناء " (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/١/١٦) وبأنه " النص في المادة ١٢ مكرر من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على أن " اللجنة العليا للإصلاح الزراعي تفسير أحكام هذا القانون وتعتبر قراراتها في هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وينشر في الجريدة الرسمية " ، وهذا النص لا يسلب المحاكم حقها في تفسير القانون المذكور وكل ما عناه المشرع من النص المذكور هو أن ما تصدره اللجنة المشار إليها من تفسيرات لأحكام هذا القانون تعتبر تفسيرا تشريعيا يتعين على المحاكم أن تلتزمه فيما تصدره من أحكام " (الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٣/٣/١)

- اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير النصوص ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " إن اختصاص المحكمة العليا وفقا للمادة الرابعة فقرة ثانية من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والمادة الرابعة من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ إنما يتعلق فحسب بتفسير النصوص القانونية لتجلية معناها وكشف الغموض عنها ضمانا لوحدة التطبيق القانوني للنصوص التشريعية أما تكييف العقود واستظهار شروطها واستخلاص قصد المتعاقدين منها فلا يدخل في اختصاص المحكمة وإنما يدخل في اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة " (طلب التفسير رقم ٨ لسنة ٢ق جلسة ١٩٧٢/٥/٦) وبأنه " ومن حيث إن اختصاص المحكمة العليا وفقا للمادتين المشار إليهما إنما يتعلق فحسب بتفسير النصوص القانونية لتجلية معناها وكشف الغموض عنها ضمانا لوحدة التطبيق القانوني للنصوص التشريعية أما تكييف العقود واستظهار شروطها ، واستخلاص قصد المتعاقدين منها فلا يدخل في اختصاص المحكمة وإنما يدخل في اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة ، ومن ثم فإن المحكمة تكون غير مختصة بنظر الطلب " (طلب التفسير رقم ٨ لسنة ٢ق جلسة ١٩٧٢/٥/٦)
- ما يشترط لقيام المحكمة الدستورية بالتفسير ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " مناط قبول طلب تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية – طبقا للمادة ٢٦ قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – هو أن تكون هذه النصوص قد أثارت خلافا في التطبيق ، وأن يكون لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها ، ومؤدى ذلك أن يكون النص المطلوب

تفسيره علاوة على أهميته ، قد اختلف تطبيقه على نحو لا تتحقق به المساواة أمام القانون بين المخاطبين بأحكامه رغم تماثل مراكزهم وظروفهم ، بحيث يستوجب الأمر طلب إصدار قرار من المحكمة الدستورية العليا بتفسير هذا النص تفسيرا ملزما ، إرساء لمدلوله القانوني السليم وتحقيقا لوحدة تطبيقه " (طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٢ق جلسة ١٩٨١/١/٣) وبأنه " وحيث إن السلطة المخولة لهذه المحكمة في مجال التفسير التشريعي ، مشروطة بأن تكون للنص التشريعي أهمية جوهرية تتحدد بالنظر الى طبيعة الحقوق التي ينظمها ووزن المصالح المرتبطة بها ، وأن يكون هذا النص – فوق أهميته – قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه على نحو يخل – عملا – بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم ، والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها ، ويهدر بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة الى مضمون موحد يتحدد على ضوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها ضمانا لتطبيقها متكافئا بين المخاطبين بها " (طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢٦ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٧) وبأنه " .... وفي ضوء هذين الحكمين استقر قضاء هذه المحكمة على أن اختصاصها بتفسير النصوص القانونية مشروط بأمرين : أولهما : أن يكون للنص التشريع المطلوب تفسيره أهمية جوهرية – لا ثانوية أو عرضية – تتحدد بالنظر الى طبيعة الحقوق التي ينظمها ، ووزن المصالح المرتبطة بها ، وثانيهما : أن يكون هذا النص – فوق أهميته – قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه ، بما يفضي عملا الى الإخلال بوحدة القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم ، والمتماثلة مراكزهم القانونية إزاءها ، ويهدر بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها ، الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة الى مضمون موحد يتحدد على ضوئه ما قصده المشرع منها عند إقرارها ضمانا لتطبيقها متكافئا بين المخاطبين بها ، وحيث إن الشرطين اللذين تطلبهما المشرع لقبول طلب التفسير قد توافرا بالنسبة لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المشار إليها ، وذلك لما وقع في شأنها من خلاف في التطبيق بين دوائر محكمة النقض بعضها البعض من جهة ، ومحكمة القضاء الإداري من جهة أخرى ، فتضاربت قراراتها وقضاؤها بشأن صحة الاقتراع في اللجان التي جرى الاقتراع فيها برئاسة أعضاء من هيئتى قضايا الدولة والنيابة الإدارية ، كما لا جرم في أهمية هذا النص ، تقديرا بوروده في أحد القوانين المكملة للدستور ، وتعلقه بممارسة حقين دستوريين أساسيين يتبادلان التأثير فيما بينهما وهما حق الترشيح والانتخاب ومن ثم كان الطلب مقبولا " (طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٢٦ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

- ولا يعد تفسير المحكمة الدستورية لنص تشريعي حكماً منشئاً جديداً ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " من المقرر أنه إذا حددت المحكمة الدستورية العليا – بطرق الدلالة المختلفة – معنى معينا لمضمون نص تشريعي ، وانتهت من ذلك الى الحكم برفض المطاعن الدستورية التي وجهت إليه ، فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التي قام عليها هذا الحكم لتمتد إليه – مع المنطوق – الحجية المطلقة والكاملة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية ، وباعتبارهما متضامنين وكلا غير منقسم ، ولا يجوز بعدئذ لأية جهة – ولو كانت قضائية – أن تعطي هذا النص معنى مغايرا يجاوز تخوم الدائرة التي يعمل فيها ، محددا إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا "(الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٨/١٤)

وتنص المادة ٢٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا على أنه " تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تقريرها " ، ويلاحظ أن النص قصر سلطة المحكمة في التفسير على القوانين والقرارات بقوانين أى تشريعات الضرورة والتفويض دون اللوائح ، وقد أفرد النص المحكمة وحدها بسلطة التصدي ابتداء لتفسير النصوص التي يطلب إليها وزير العدل تفسيرها بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك عملا بنص المادة ٣٣ من القانون المذكور ووفقا للإجراءات المبينة فيها ، ويأخذ حكم المحكمة بالتفسير حكم النص محل التفسير فلا ينشئ حكما جديدا ويسري على تاريخ سريان النص ويكون ملزما لسائر المحاكم والكافة باعتباره كاشفا عن إرادة المشرع .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " لا يعتبر قرار المحكمة الدستورية العليا بتفسير نص تشريعي معين منشئا حكما جديدا ، أو مبتدعا لقاعدة قانونية منقطعة الصلة بمحيطها ، بل ملتزما المقاصد التي توخى المشرع بلوغها من وراء تقريره ، كى يحمل النص بعد تفسيره حملا على المعنى الذي تضمنه قرار التفسير ، ومن ثم لا يكون لهذا النص – ومنذ إقراره أو إصداره – وعملا بالطبيعة الكاشفة لقرار التفسير ، غير المعنى الذي خلص إليه هذا القرار ، ليتقيد الكافة بمقتضاه ، ولتنزل عليه كل سلطة في الدولة ، إعمالا لمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٤ من الدستور ، وتطبيقا للمادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، التي تنص على أن قراراتها بالتفسير ملزمة للكافة والدولة سواء بسواء " (الدعوى رقم ٩ لسنة ١٦ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٤/١٥)

- ولا يعد تفسير المحكمة الدستورية العليا لنص تشريعي مصادرة لحق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانونها – لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين وإنزال تفسيريها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا " (طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ق دستورية جلسة ١٩٨١/١/١٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة ٢٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن المشرع اختص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية ، وهو في ذلك لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا . لما كان ذلك ، وكان الواقع في الدعوى أن الطاعن رفعها طالبا تفسير نصوص القانونين ٢٢٢ لسنة ١٩٥٢ ، ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ، وقانون الحكم المحلي بشأن ما تضمنته من أحكام تتعلق بأسس تقدير التعويض عن مقابل نزع الملكية والتحسين على نحو ما أشار إليه بشأنها في الدعوى ، مما مؤداه أنها لا تحمل طلبا موضوعيا يستلزم تفسير نص قانوني على واقعة بعينها ، وإنما رفعت مباشرة بطلب تفسير نصوص قانونية مما تختص به المحكمة الدستورية العليا ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا التكييف الصحيح للدعوى المطروحة ورتب عليه عدم اختصاص القضاء العادي بنظر طلبات الطاعن فإن الطعن يكون غير قائم على أساس " (الطعن رقم ٢٣٥٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٢) وبأنه " اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانونها وجرى عليه قضاؤها – لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية صدر طبقا للأوضاع المقررة في قانونها بشأن طلبات التفسير ولا يغير من ذلك أن تكون التفسيرات والتقريرات القانونية قد وردت في مدونات حكم المحكمة الدستورية العليا مادام أن الحكم لم ينته الى دستورية أو عدم دستورية النصوص المطعون عليها ، ومن ثم لا يقيد هذه المحكمة أو غيرها ما ورد في مدونات حكم المحكمة الدستورية المشار إليه مادامت التفسيرات القانونية بشأن تفسير الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات وإنطباقها على الأفعال المؤثمة بمقتضى نصوص القوانين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، ويكون الاختصاص للهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض

في نظر هذه النصـــوص وتطبيقها على الوجه الصـــحيح وذلك بعد أن أحالت إليها إحدى دوائر المحكمة الطعن الماثل طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٤ من قانون السـلطة القضـائية الصـادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لســـنة ١٩٨٢ كى تؤدي محكمة النقض بهذا وظيفتها في توحيد تفسير القوانين وسـلامة تطبيقها وا ستقرار المبادئ القانونية بما يكفل تقاربا في الحلول القضـائية التي تخلص إليها محاكم الموضوع ويحقق اجتماعها على قواعد واحدة وتلك هى وظيفة المحكمة التي اقتضـت ألا توجد في الدولة إلا محكمة نقض واحدة ، على قمة النظام القضـائي فلا تعلو في محكمة ولا تخضـــع أحكامها لرقابة جهة ما " (الطعن رقم ١١٣ لســـنة ٥٦ق جنائي جلســـة ١٩٩٧/٤/١٣)

- والتفسير الذي يصدر من المحكمة الدستورية العليا ملزم لجميع جهات القضاء ، وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ٨١ لســـنة ١٩٦٦ بإصـدار قانون المحكمة العليا أن المشـرع اختص المحكمة العليا بتفسـير النصـوص التشـريعية وجعل لقرارات التفسـير التي تصـدر قوة ملزمة لجميع جهات القضــاء ، وهى في ذلك لا تنشئ حكما جديدا بل تكشف عن حكم القانون بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذي انصـب عليه التفسـير ، ولا يغير من ذلك أن المشـــرع نص بالمادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لســـنة ١٩٧٠ بإصـــدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، على أن تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء ولم يشر الى قرارات التفسير ، رغم أنه واجب نشـر منطوق تلك الأحكام وقرارات تفسـير النصـوص القانونية بالجريدة الرسـمية ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا قد نصـت على أن لقرارات التفســير ذات القوة الملزمة ، وهو ما أشــارت إليه المذكرة الإيضــاحية للقانون رقم ٦٦ لسـنة ١٩٧٠ تعليقا على المادة ٣١ منه ، وكان من مقتضـــى اختصــاص المحكمة العليا بالتفســير الملزم للنصـوص التشـريعية أن يكون لها وحدها تقرير توافر شـروط قبول طلب التفسـير بحيث لا يقبل من أية جهة قضــائية أن تبحث تلك الشــروط أو تناقشــها توصــلا الى التحلل من القوة الملزمة لقرار التفسير " (الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٣/٢٤)
- ولا يعني تفسير المحكمة الدستورية للنص التشريعي أنه معاب بعدم الدستورية ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " وحيث إنه غني عن البيان أن اختصاص هذه المحكمة بالنسبة لتفسير النصوص التشريعية لا يجوز أن ينزلق الى الفصل في دستوريتها ، ذلك أن المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدسـتورية العليا لا تخولها سـوى اسـتقصــاء إرادة المشـرع من خلال اسـتخلاصـها دون تقييم لها ، وعلى أسـاس أن النصـوص التشـريعية إنما ترد دوما الى هذه

الإرادة وتحمل عليها حملا ، سواء كان المشرع حين صاغها مجانبا الحق أو منصفا ، وسواء كان مضمونها ملتئما مع أحكام الدستور أم كان منافيا لها ، ولا يتصور بالتالي أن يكون طلب تفسير النصوص المذكورة تفسيرا تشريعيا متضمنا أو مستنهضا الفصل في دستوريتها لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور " (طلب التفسير ٢ لسنة ٢٦ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

- المذاهب المختلفة في التفسير : يهدف التفسير الى التعرف على المعنى الذي ينطوي عليه النص وما قصده المشرع من عباراته . فالوقوف على نية المشرع وإرادته التي عبر عنها في النص التشريعي هى الغرض الذي يسعى كل من الفقيه والقاضي الى الوصول إليه ، ولكن الخلاف يثور عندما يراد تحديد المقصود بإرادة المشرع ونيته ، ولهذا تعددت الآراء بشأن النية التي يجب البحث عنها من واقع النص ، مما أدى الى اختلاف وجهات النظر في التفسير ، وهناك ثلاث نظريات ظهرت في هذا الصدد وهى : نظرية مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النصوص ، ونظرية المدرسة التاريخية أو الاجتماعية ، ونظرية المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر . (انظر في تفصيل ذلك توفيق فرج ، مرجع سابق ، سمير تناغو ، مرجع سابق ، سليمان مرقص ، مرجع سابق ، السنهوري ، مرجع سابق)
- اتجاه القانون في مصر : يمكن القول في مصر إن التفسير ينبغي أن يتم في حدود ألفاظ النص أو فحواه ، أى ينبغي أن يكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة ، على أن تراعى المصادر التاريخية والأعمال التحضيرية ، وهذا ما يعيننا على الوقوف على حقيقة قصد المشرع عند وضع النص ، وعلى أن يراعى من جهة أخرى أثر الظروف الاجتماعية في تحديد نطاق النص ومراميه ، وفي هذا ما يكشف عن تأثر المشرع بالمذهب العلمي الذي يري الرجوع الى حقيقة قصد المشرع ، والمذهب الاجتماعي أو التاريخي الذي يدخل الظروف الاجتماعية في الاعتبار . هذا إذا وجد النص أما إذا لم يوجد ، فإن القاضي لا يقف مكتوب اليدين ، بل يتعين الرجوع الى المصادر الرسمية الأخرى ، وهذا يوضح اتجاه المشرع الى الأخذ بالمذهب العلمي ، والمصادر الرسمية الأخرى هى : العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، على أن يراعى أن الإحالة الى القانون الطبيعي لا تعني إحالة القاضي الى قواعد معينة ، ولكن المقصود بذلك إحالة القاضي الى أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهو بذلك يتلمس الحلول بالرجوع الى جوهر القانون ومصادره الحقيقة ، وفي هذا ما يدل على اتجاه القانون المصري الى الأخذ بالمذهب العلمي ، والقاضي إذ يقوم بذلك لا يعد مشرعا في هذا النطاق ، ولكنه يقتصر على حل النزاع المعروض عليه ، حقا إن القاضي في هذا النطاق يخرج عن دائرة

تفسير القواعد القانونية الى دائرة إنشائها ولكنه يختلف عن المشرع ، لأنه لا يضع قواعد عامة مجردة ، بل أنه يضع حلا للمسألة المعروضة عليه فقط . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، الإشارة السابقة)

- طرق التفسير وقواعده : إذا ما عرض على القاضي نزاع كان عليه أن يتلمس الحق في التشريع قبل أى مصدر آخر ، وإذا ما رجع الى التشريع يلتمس فيه الحلول ، فقد يجد نصا واضحا سليما وقد لا يجده كذلك ، بل أنه قد لا يجد نصا يحكم النزاع المعروض عليه ، ولما كان من المتعين على القاضي أن يقوم بحل كل ما يعرض من منازعات ، فإنه يلجأ الى طرق التفسير المختلفة يتعين بها في الوصول الى حكم النصوص الموجودة ، وإذا لم يتمكن عن طريق النصوص الموجودة من الوصول الى حل النزاع ، فإنه يوجد أمام حالة غير منصوص عليها ، وتبعا لذلك يلجأ الى حلها بالالتجاء الى مصادر القانون الأخرى ، وواضح أن مجال التفسير يكون في الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي سواء أكان النص واضحا سليما أم لم يكن كذلك .
- ومتى كان النص واضحاً فإن المعنى يستخلص من ألفاظه وعباراته : ويسمى هذا بالمعنى الحرفي للنص أو منطوق النص ، وعبارة النص هى صيغته المكونة من مفرداته وجمله ، والمراد بما يفهم من عبارة النص المعنى الذي يتبادر فهمه الى الذهن من صيغة النص ، ويكون هو المقصود من سياقه ، وفي هذا الصدد لا يجب التقيد بالألفاظ لفظا لفظا ، وإنما العبرة بالمعنى الذي يستفاد من مجموعة عباراته على هدى قصد المشرع . فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ ، كما يقولون (عبد الفتاح الصيفي ، مرجع سابق) فإذا لم يثر أى شك حول النص الواضح ، وحول نطاقه لا صعوبة في الأمر ، بحيث يكاد دور المفسر يقتصر على تطبيقه آليا ، دون أى اجتهاد من جانبه حيث "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص" (عبد الفتاح الصيفي ، القاعدة الجنائية بند ١٢٤) وإذا كان النص سليما ، ويدل على المراد منه بذات صيغته من غير توقف على أمر خارجي ، فهو واضح الدلالة ، كما يقول علماء أصول الفقه ، ولكن مراتب الوضوح في دلالة عبارة النص تتفاوت على أساس احتمال التأويل أو عدم احتماله ، والتأويل هو صرف اللفظ عن ظاهره بدليل "وكل نص واصح الدلالة يجب العمل بما هو واضح الدلالة عليه ، ولا يصح تأويل ما يحتمل التأويل إلا بدليل" (عبد الوهاب خلاف ، مرجع سابق ص١٦١ وما بعدها ، ويقسم علماء الأصول الواضح الدلالة الى أربعة أقسام الظاهر والنص ، والمفسر ، والمحكم) والنص الذي لا يحتمل التأويل هو ما دل بذاته على معناه المفصل تفصيلا لا يبقى معه احتمال للتأويل . فالصيغة تكون دالة بنفسها دلالة واضحة على معنى مفصل ، وفيها ما ينفي احتمال إرادة غير معناها ، مثل قوله تعالى

"فاجلودهم ثمانين جلدة" ، إذ العدد معين لا يحتمل زيادة ولا نقصا ، وما ينص عليه القانون من أن " سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة" (م٢/٤٤ مدني) فالعدد في هذه الحالة لا يحتمل زيادة ولا نقصا ، حيث تصاغ النصوص برقم معين ، وقد ترد الصيغة مجملة غير مفصلة ، ويلحق بها ، من المشرع نفسه ، بيان تفسيري قطعي يزيل إجمالها ويفصلها بحيث قصير مفسرة لا تحتمل التأويل ، مثل ذلك ما ينص عليه القانون من جواز إبطال العقد للإكراه متى تم تحت تأثير رهبة بعثها الطرف الآخر في نفسه دون حق "وكانت قائمة على أساس" ، وقد بين المشرع نفسه متى تعد الرهبة على أساس ، فنص على أن الرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور الطرف الذي يدعيها أن خطرا جيما محدثا محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال (م١٢٧ مدني) هذا التفصيل هو ما يسمى بالتفسير التشريعي الذي يقوم به المشرع نفسه ، ومن ذلك أيضا ما تقضي به المادة ٢١ من قانون الإثبات من جواز إلزام الخصم بتقديم محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده ، عندما يكون المحرر مشتركا بينه وبين خصمه ، ثم فسر النص المقصود بلفظ مشترط فقرر أن المحرر يعتبر مشتركا "إذا كان لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة" ، وما جاء في المادة ٧٨٤ مدني من أن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ، ثم فصل النص المقصود بالضمانات فقرر أنه " ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين نقرر بحكم القانون " ، والحكم في هذه الحالة أنه يجب العمل بالنص كما فصل ، ولا يحتمل أن ينصرف عن ظاهره ، وفي هذه الحالة يعتد بالنسبة التي جاء بها النص ، أو بصيغته مفصلا من المشرع نفسه . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، الدكتور سليمان مرقص ، مرجع سابق ، وانظر عبد الودود يحيى ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى وردت عبارات النص بصيغة عامة مطلقة وواضحة فلا محل للتفسير إذ يكون النص قطعي الدلالة على المراد منه ولا يجوز تقييد مطلق النص وتخصيص عمومه بغير مخصص ، ومن ثم فإن ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ في مقام التعليق على الفقرة الثالثة من المادة ٦٨ المضافة بالقانون المذكور يعد خروجا عن المعنى الصريح للنص وتقييدا لمجال نطاقه وقد جرى قضاء النقض بعدم الاعتداد بما تورده المذكرة الإيضاحية إذا تعارضت مع النص القانوني أو فسرته تفسيرا لا يتفق مع مدلوله والعبرة بما ورد بالنص القانوني ولا يجوز القول بأن المشرع أراد هذا الاتجاه إذ لا يجوز الرجوع الى قصد المشرع إلا إذا كان النص يحتمل أكثر من معنى أو شابه الغموض " (الطعن رقم ٤٩٤٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٤/١/٦) وبأنه " المقرر – في قضاء

هذه المحكمة – أنه متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته لأنه البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضطرا في سبيل تعرف الحكم الصحيح الى تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ، ومن ثم لا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم " ، وكان نص المادة ٢٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لواجب التطبيق على واقع الدعوى على أن " في جميع الأحوال لتي يتم فيها تغيير استعمال العين المؤجرة بعد تاريخ العمل بهذا القانون بموافقة المالك الى غير أغراض السكنى تزاد الأجرة القانونية بنسبة ٢٠٠% للمباني المنشأة قبل أو يناير سنة ١٩٤٤ ...." ، قد ورد في عبارة عامة مطلقة واضحة المعنى قاطعة الدلالة في أن زيادة الأجرة بمقدار النسب الواردة به تتم في جميع الأحوال التي يحصل فيها تغيير استعمال العين المؤجرة بعد تاريخ العمل بهذا القانون وبموافقة المالك الى غير أغراض السكنى دون تفرقة بين تغيير الاستعمال الكلي أو الجزئي وينبني على ذلك أن النسب المقررة بهذا النص تستحق للمالك كاملة مقابل تصريحه للمستأجر بتغيير استعمال العين المؤجرة سواء كان التغيير كليا أو جزئيا أخذا بعموم النص وإطلاقه ولا محل للقول بقصر تطبيق حكمه على التغيير الكلي لما ينطوي عليه من تقييد لمطلق النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص مما لا يجوز ، هذا الى أنه لو أراد المشرع قصر حكمه على حالة التغيير الكلي لاستعمال العين المؤجرة دون سواها لأفصح عن مراده صراحة كما فعل حينما حدد في المادة ٤٥ من ذات القانون نسب الزيادة التي ستحقها المالك في الأحوال التي يجوز فيها للمستأجر التأجير الكلي مفروشا خفضها بمقدار النصف في حالة التأجير الجزئي ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر حين أعرض عن تطبيق حكم المادة ٢٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بقوله أنها لا تواجه حالة التغيير الجزئي لاستعمال العين المؤجرة والتجأ الى إعمال قواعد العدالة والقياس على المادة ١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على واقعة الدعوى دون سند من القانون فإنه يكون قد أخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٣/١/٣١) وبأنه " من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه متى كان النص القانوني واضحا جلى المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه ، فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسيره استهداء بالمراحل التشريعية التي سبقته أو بالحكمة التي أملته وقصد الشارع منه و ما تضمنته المذكرة الإيضاحية من بيانات لا تتفق وصريح عبارة النص ، ذلك أن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه " (الطعن رقم ٧٣٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٥) وبأنه " متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه ، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله

بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضطرا في سبيل تعرف الحكم الصحيح الى تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه ، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ، ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم ، وإذا كان تطبيق القانون يؤدي الى اعتبار جريمة القتل الخطأ التي تسفر عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر والمعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات أخف من جريمة الإصابة الخطأ التي ينشأ عنها إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص والمعاقب عليها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٤٤ ، فإن هذه المفارقة قد تصلح سندا للمطالبة بتعديل التشريع ولكن لا يجوز التحدي بها للجمع بين هذين النصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منهما أشد من العقوبات المقررة في النص الصريح الواجب التطبيق " (نقض جنائي ١٩٦٨/٢/١٩ طعن ٢١٨٥ لسنة ٣٧ق)

وقد قضت أيضا محكمة النقض بأن " من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه لا يجوز تقييد مطلق النص بغير مخصص بحيث إن كان صريحا جلى المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسير استهداء بالحكمة التي أملته وقصد الشارع منه لأن ذلك لا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه " (الطعن رقم ٣١٢٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/١١/١٨) وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطع الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله " (الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٠)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " وحيث أن من المستقر عليه في أصول التفسير أنه إذا كانت عبارة النص واضحة الدلالة فلا يجوز تأويلها بما يخرجها عن معناها المقصود منها ، أو الانحراف عنها بدعوى تفسيرها ، كما إذا جاءت عامة فإنها تجرى على إطلاقها ، ما لم يوجد ما يقيدها أو يخصص حكمها " (طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢٦ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

- النص الذي يحتمل التأويل : أما عن النص الذي يحتمل التأويل ، فهو النص الذي يدل بذاته على معنى معين ، وليس فيه ما ينفي احتمال التأويل ، وحكمه أنه يجب العمل بالنص بمعناه الظاهر الى أن يقام الدليل على ما يقتضي العمل بغير ظاهره ، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا إذا اقتضى ذلك دليل يصرفه عن ظاهره ويريد معنى آخر . فإذا كان الظاهر عاما يحتمل أن يخصص ، وإن كان مطلقا يحتمل أن يقيد . (عبد الوهاب خلاف ، مرجع سابق ص١٦٢) وإذا ورد النص عاما دل ذلك على ثبوت الحكم المنصوص عليه لكل ما يصدق عليه من حالات ، إلا إذا قام دليل على تخصيصه ،

بحيث يحمل اللفظ على ما بقى من حالات بعد التخصيص (عبد الوهاب خلاف ، مرجع سابق ، عبد المنعم الصــدة ، مرجع ســابق) من ذلك ما يقضـــي به القانون من عدم جواز إثبات التصرفات التي تزيد قيمتها على قدر معين ، بشهادة الشهود ، وذلك في غير المواد التجارية . فالنص عام من حيث أن كل تصـرف يزيد على قدر معين لا يجوز إثباته بشـهادة الشـهود ، وقد خصص الحكم واقتصر على المواد المدينة فقط ، لأن المشرع يستثنى المواد التجارية ، ومن ذلك أيضــا ما يقضـي به القانون من جواز التعامل في الأشـياء المسـتقبلة ، هذه قاعدة عامة ، ولكنه عاد بعد ذلك وخصــص هذا الحكم العام في نصـــوص لاحقة ، حيث يقرر أن التعامل في التركات المستقبلة باطل إلا في الأحوال لتي نص عليها القانون ، كما قرر بطلان هبة الأموال المســتقبلة ، ورهن المال المســتقبل ، ومن هذا نخلص الى أن العام يظل على عمومه حتى يثبت تخصـيصــه ، وتقرر محكمة النقض المصـرية أنه مع قيام قانون خاص لا يرجع الى أحكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام ، وأنه لا يجوز إهدار القانون الخاص لإعمال القانون العام ، فإن ذلم فيه منافاة صــريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون .

ومع ذلك قضــت محكمة النقض بأن " المقرر – وعلى ما جرى به قضــاء هذه المحكمة – أنه مع قيام القانون الخاص لا يرجع الى أحكام القوا عد العامة إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام ولا يجوز إهدار القانون الخاص بذريعة إعمال قاعدة عامة لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض ا لذي وضــع من أجله القانون الخاص " (الطعن رقم ٢٢٥٠ لســنة ٥٦ق جلســة ١٩٩٠/٥/٣١) وبأنه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز إهدار القانون الخاص لإعمال القانون العام لما في ذلك من منافاة صـريحة للغرض الذي من أجله وضـع القانون الخاص ، وإذ نصـت المادة ١١٣ من قانون المحاماة الصــادر بالقانون رقم ٦١ لســنة ١٩٦٨ على أنه " يجوز للمحامي وللموكل اسـتئناف القرارات التي يصــدر مجلس النقابة الفرعية في طلبات التقدير وذلك بتكليف خصمه بالحضور أمام محكمة الا ستئناف التي يقع بدائرتها مكتب المحامي إذا كانت قيمة الطلب تجاوز مائتين وخمسين جنيها خلال عشرة أيام من تاريخ إعلان القرار " ، فإن ذلك يدل على أن المشرع قصد الخروج على القواعد المقررة في قانون المرافعات في خصوص إجراءات وميعاد رفع الاســتئناف وأوجب في هذه الحالة – وعلى خلاف ما يقضـــي به ذلك القانون – أن يرفع الاستئناف بتكليف الخصم بالحضور أمام المحكمة المختصة خلال عشرة أيام من تاريخ إعلان قرار مجلس النقابة بتقدير الأتعاب" (الطعن رقم ٧٩٧ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢١)

وإذا ورد النص مطلقا ، فإنه يعمل به على إطلاقه ، إلا إذا قام دليل على تقييده ، واللفظ المطلق هو ما دل على فرد غير مقيد لفظا بأى قيد ، مثل مصــري ، لبناني ، رجل .... أما المقيد

فهو ما دل على فرد مقيد لفظا بأى قيد مثل مصري مسلم ، لبناني سني ، رجل رشيد .... وفي هذه الحالة متى قام الدليل على تقييد المطلق كان هذا صارفا له عن إطلاقه ومبدأ المراد منه ، مثل ذلك كلمة (وصية) في قوله تعالى " من بعد وصية يوصى بها أو دين " ، فالوصية هنا مطلقة ، ولكنها قيدت بالحديث الذي بين أن الوصية في حدود الثلث ، فقد قيدت الوصية بحدود ثلث التركة . (عبد الوهاب خلاف ، مرجع سابق ص١٩٣ ، انظر كذلك في طرق تقييد المطلق ص١٩٢ وما بعدها ، وانظر كذلك عبد المنعم الصدة "بيروت" بند ٢٠٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز تقييد مطلق النص بغير مقيد بحيث إن كان صريحا جليا قاطعا في الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته وقصد الشارع منه لأن ذلك لا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، وكان النص في المادة ١/٩٣٩ من القانون المدني في شأن تحديد موانع الشفعة ومنها البيع الحاصل بين زوجين قد ورد في عبارة عامة مطلقة بحيث يتسع لحالة البيع الأول أو عند توالي البيوع فإنه لا محل للقول بقصر تطبيق حكمه على حالة البيع الأول لما ينطوي عليه ذلك القول من تقييد لمطلق النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز ، ومن ثم فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الثاني الحاصل بين المطعون ضدها الأخيرة مورثها لوقوعه بين زوجين "(الطعن رقم ١٠٩٩ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٧) وبأنه " المقرر في قضاء المحكمة أنه متى كان النص عاما مطلقا فلا محل لتخصيصه أو تقييده استهداء بقصد المشرع منه لما في ذلك من استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل ، ولم كان النص في الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المرافعات على أن " وإذ تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم " ، قد ورد في عبارة مطلقة بحيث يتسع لكافة المدعى عليهم المتعددين في الخصومة تعددا حقيقيا ، والمقصود بهم هؤلاء الذين وجهت إليهم طلبات في الدعوى لا أولئك الذين اختصموا ليصدر الحكم في مواجهتهم أو لمجرد المثول فيها ، فمن ثم يجوز للمدعى طبقا لهذا النص رفع الدعوى على المدعى عليهم المتعددين تعددا حقيقيا على اختلاف مراكزهم القانونية فيها أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم سواء كان مسئولا بصفة أصلية أو ضامنا دون قيد أو تخصيص ، ولا محل للقول بقصر تطبيق حكمه على فئة المدعى عليهم المتساوين في المراكز القانونية في الدعوى دون سواهم أو تغليب موطن المسئول الأصلي على موطن الضامن له عند تحديد المحكمة المختصة محليا لما ينطوي عليه ذلك القول من تقييد لمطلق النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز " (الطعون أرقام ١٦٩٧ ، ١٧٢٣ ، ١٧٦٠ ، ١٧٦٢ ، ١٧٧٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣) وبأنه " وإذا كان النص عاما أو مطلقا امتنع تخصيصه أو تقييده بغير مخصص أو مقيد ولو

بالاستناد الى الحكمة من التشريع إذ أن الحكم يدور مع علته وليس مع حكمته ، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن "المقرر أن النص التشـــريعي إذا ما ورد مطلقا فإنه يحمل على إطلاقه إلا إذا ثبت بنص آخر ما يقيده ، فإن قام الدليل على تقييده كان هذا الدليل صـــارفا له عن إطلاقه ومبينا المراد منه ، فيكون المطلق مقيدا بقيد ، كل ذلك إذا كان موضـــوع النصـــين واحدا فإن اختلف النصان في الحكم فلا يحمل المطلق على المقيد بل يعمل بالمطلق على إطلاقه في وضعه وبالمقيد على قيده في موضعه " (الطعن رقم ٣٤ لسنة ٦٣قجلسة ١٩٩٤/١/٢٦)

- ويجب أن نلاحظ أن القانون الخاص إذا شابه نقص أو غموض وجب الرجوع الى القانون العام ، وفي عبارة محكمة النقض " النص في المادة ٧٥ من القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ في شأن الحجز الإداري على أنه – فيما عدا ما نص عليه في هذا القانون تسري أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية التي لا تتعارض مع أحكام هذا القانون – يدل على أن قانون المرافعات هو القانون العام الذي يرجع إليه فيما يتعلق بالحجوز الإدارية عند خلو قانون الحجز الإداري من نص ينظم حالة معينة أو إجراء معينا ، ولما كانت المادة ٢٩ من قانون الحجز الإداري سالف الذكر بعد أن أوجبت في فقرتها الأولى إعلان المحجوز لديه بمحضر الحجز بينت أن هذا الإعلان يتم بكتاب موصى عليه بعلم الوصول إلا أن فقرتها الأخيرة – التي أوجبت على الحاجز إخبار المحجوز عليه بصورة من محضر الحجز – لم تبين كيفية هذا الإخبار ، ومن ثم فإنه يتعين الرجوع في هذا الشأن الى قانون المرافعات للتعرف على الطريق الذي رسمه للإعلان وإذ نصت المادة السابعة من قانون المرافعات السابق – والمنطبق على واقعة الدعوى – على أن كل إعلان أو تنبيه أو إخبار أو تبليغ أو إنذار يكون بواسطة المحضرين ، فإنه يجب أن يتم إعلان المحجوز عليه بصورة من محضر الحجوز الذي أعلن الى المحجوز لديه بواسطة ورقة من أوراق المحضرين تعلن وفقا للقواعد المقررة في قانون المرافعات ولا يغني عن هذا الإجراء الخطاب المسجل المصحوب بعلم الوصول " (الطعن رقم ٦٣٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨)
- ويجب حمل النص على المعنى الاصطلاحي وليس على المعنى اللغوي ، وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر أن المشرع في المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ انصرف عن المعنى الاصطلاحي للفظ المالك الى ذلك المعنى الآخر غير ذلك الذي يدل عليه ظاهر النص ذلك أن الأصل في قواعد التفسير أنه إذا أورد المشرع مصطلحا معينا في نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه إلا أنه إذا تبين أن المعنى الاصطلاحي يجافي قصد المشرع فإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى الى معنى آخر غير ذلك الذي يدل عليه ظاهر النص ، ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح من النص يقتضي تقصي

الغرض الذي رمى إليه ، والقصد الذي أملاه ، وهو ما يبين من استقراء أحكام هذا القانون من أنه أطلق على المؤجر اصطلاح المالك في نصوص المواد ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٩ ، ١١ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢٣ ، ٢٥ الخاصة بتحديد الأجرة وتقاضي مقدم إيجار وزيادة أجرة الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى وتوزيع تكاليف الترميم والصيانة وأجر حارس المبنى والإعفاء من الضرائب العقارية للمباني الجديدة وزيادة الأجرة عند تغيير الاستعمال والحق في تقاضي نسبة من ثمن بيع المتجر أو المصنع وتأثيم تقاضي خلو رجل ، وبيع وتأجير الوحدات المبنية لأكثر من شخص والتخلف عن تسليم الوحدات المؤجرة في الموعد المحدد وبطلان الشروط المخالفة لأحكام القوانين المنظمة للعلاقة بين طرفة العلاقة الإيجارية فقد استخدم المشرع في النصوص متقدمة البيان فقد لفظ المالك في غير معناه الاصطلاحي " (الطعن رقم ٣٧٩٤ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢) وبأنه " إنه وقد زالت صفة الوقف عن الأعيان الموقوفة وقفا أهليا بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، وانحصرت الأحكام إما في الأراضي الغير موقوفة أصلا أو الأراضي الموقوفة وقفا خيريا فإن لازم ذلك أن تنصرف عبارة "الأعيان الموقوفة" في القوانين رقم ٩٤٦ لسنة ١٩٥٣ ، ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤ ، ٦٢ لسنة ١٩٦٠ التي تعاقب صدورها بعد المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بغية تنظيم إنهاء حق الحكر – ودون حادة الى تحديد – الى تلك الأعيان التي بقيت لها صفة الوقف بعد صدور المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وهى الأعيان الموقوفة على غير الخيرات فقط " (الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٤) وبأنه " إذا أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ حين تحدثت عن فئات العاملين التي استثناها القانون في مادته الثانية من أحكامه " العاملين في الزراعة والمقصود بهم من يقومون بأعمال الفلاحة البحتة ولا يمتد الاستثناء الى من يؤدون الأعمال الإدارية أو أعمال الحراسة كناظر الزراعة والخولي والخفير أو كاتب الزراعة وغير هؤلاء ممن يؤدون أعمالا مماثلة" ، تكون قد خرجت عن المعنى الصحيح لعبارة النص حسبما قصده الشارع فضلا عن تخصيصها لعمومه بغير مخصص وتجاوز حد الإيضاح وبسطت مجال تطبيق القانون على بعض طوائف من عمال الزراعة دون سند من نصوصه التي قصرت سريان أحكامه فيما يتعلق بالعاملين في الزراعة وفقا للمادة ١٩ منه التي صيغت على غرار المادة ١٩ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ على العاملين المشتغلين بالآلات الميكانيكية أو المعرضين للأمراض المهنية بالنسبة لتأمين إصابات العمل وهو ما لا تملكه تلك المذكرة ، ومن ثم فلا يعتد بما ورد بها في هذا الخصوص " (الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٢)

وقد قضت أيضا بأن " المادة ١٨ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ – المنطبقة على النزاع – وإن أخضعت الأرباح الناتجة من عمليات تقسيم أراضي البناء والتصرف فيها للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية إلا أنها لم تورد تحديدا لمفهوم تقسيم الأراضي لإعمال حكمها ، وكان الأصل في قواعد التفسير أن المشرع إذا أورد مصطلحا معينا في نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه ، وكانت المادة الأولى من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تقسيم الأراضي المعدة للبناء المعمول به عند نفاذ القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ قد بينت ماهية التقسيم فنصت على أن تطلق كلمة تقسيم على كل تجزئة لقطعة أرض الى عدة قطع بقصد عرضها للبيع .... متى كانت إحدى هذه القطع غير متصلة بطريق قائم ، الأمر الذي يدل على أن تجزئة الأرض الى عدة قطع تتصل جميعها بطريق قائم بالفعل وفقا لهذا القانون لا يعد تقسيما فإنه يتعين أن ينصرف مصطلحه على هذا النحو الى تحديد معنى التقسيم الوارد في المادة ١٨ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ " (الطعن رقم ١٤٠٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/٣/٩) وبأنه " الأصل في قواعد التفسير أنه إذا أورد المشرع مصطلحا معينا في نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر فيه ، إلا أنه إذا تبين أن المعنى الاصطلاحي يجافي قصد المشرع فإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى الى معنى آخر غير ذلك الذي يدل عليه ظاهر النص ، ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح من النص يقتضي تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه " (الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٤/٥)

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " إن الأصل في تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولها أن تحمل ألفاظها على ما يقضي به الاصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضي به الأوضاع اللغوية ، لأن الأصل أيضا أن المشرع يستعمل في صياغته للنصوص القانونية ، الألفاظ في معانيها القانونية الخاصة لا بمعانيها للغوية العامة وذلك كله ما لم يقم دليل من النص على أن المشرع استهدف بلفظ معين معناه اللغوي لا معناه القانوني " (الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٧١/٤/١١)

- والتفسير الضيق يكون في النصوص القانونية التي تقرر استثناء من قاعدة عامة : لأن المعروف أن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره ، ولهذا يتعين تفسيره تفسيرا ضيقا بحيث تظل في نطاق عبارات النص وألفاظه ، وإذا كان لابد من نص تشريعي يقرر الاستثناء ، فإنه كذلك لا يقاس عليه ، وقد يصرح المشرع الاستثناء ، كأن يذكر عبارة تكشف عن أن ما بعدها يعتبر استثناء من القاعدة ، وقد تجعل بعض الأمور أصلا ، فإذا تقرر أمر مخالف لهذا الأصل ، كان هذا الأمر استثناء من الأصل وبالتالي يجب تفسيره تفسيرا ضيقا ... من ذلك أنه إذا

كان الأصـل في الأفعال هو أنها مباحة وأن الأفراد أحرار فيما يفعلون ، فإن القواعد القانونية التي تجعل بعض الأفعال التي يرتكبها الإنســـان أفعالا محرمة معاقبا عليها ، أى تجعل منها جرائم معاقبا عليها ، تعد استثناء من ذلك الأصل ، ولهذا فإنه ينبغي أن تفسر القوانين الجنائية تفسيرا ضيقا ، لأنها استثناء من الأصل العام ، وهذا بالإضافة الى أن التفسير المتوسع يتنافى في هذه الحالة كذلك مع قاعدة أســاسـية تتعلق بالحرية الشـخصـية وهى قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ومع ذلك إذا كان تفسير القوانين الجنائية تفسيرا واضحا يؤدي الى صالح المتهم ، فإنه يكون ســـائغا مقبولا ، إذ في هذا التفســـير رجوع الى الأصــــل العام نحو حرية الأشــــخاص فيما يفعلون . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع ســــابق) وينتقد الدكتور عبد الفتاح الصـيفي ، التفسـير الضـيق في مجال القواعد التي تجرم الفعل والتفسـير الموسـع في حالة القوانين الأصـلح للمتهم ، على أســاس أنه ينبغي أن تقف دائما في التفسـير لدى إرادة النص وحدها ، سـواء لصـالح المتهم ولغير صـالح (انظر القاعدة الجنائية ، مرجع سـابق بند ١١٩ ص٣٦٢) ومع ذلك فإن السـلوك الذي نراه في التفسـير يرره أن القواعد الجنائية المجرمة ، تعتبر خروجا على الأصــل ، فلا يصــح تقرير جريمة أو عقوبة إلا بنص ، والواقع أن إرادة النصوص القائمة لا يمكن أن تتضمن غير ما شرحت من أجله ، لهذا يجب أن يقف التفسير داخل إطار النصـوص ، ومع ذلك فإن الدكتور الصـيفي يقر ما يذهب إليه القضــاء من حيث عدم جواز القياس نظرا لأن المشــرع قد حصــر الجرائم والعقوبات بمبدأ الشــرعية . (انظر القاعدة الجنائية ص٣٨٤ ، ٣٨٥ بند ١٣١)

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " لئن كان النص في المادة الثالثة من القانون ١٦٢ لســـنة ١٩٥٨ بشــأن حالة الطوارئ يجيز لرئيس الجمهورية وحده – متى أعلنت حالة الطوارئ – أن يتخذ بأمر كتابي أو شفاهي تدابير معينة منها الاستيلاء على أى منقول أو عقار إلا أن هذا النص وقد تضمنه قانون استثنائي ينبغي عدم التوسع في تفسيره ويلزم إعماله في حدود ما أفصحت عنه عباراته بقصر سلطة إصدار قرارات الاستيلاء على رئيس الجمهورية دون سواه كما أنه لا يملك تفويض غيره في ذلك لخلو عبارات هذا النص وســائر نصــوص هذا القانون مما يجيز هذا التفويض " (الطعن رقم ١٦٦٤ لســنة ٥٦ق جلســة ١٩٨٩/٥/١٨) وبأنه " المقرر في قضــاء محكمة النقض أن الأحكام تدور مع علتها وجودا وعدما ، وأن الاسـتثناء يقدر بقدره دون التوسـع في تفســيره أو القياس عليه ، وكان مفاد نص المادة ١٨ من القانون رقم ٤٩ لســنة ١٩٧٧ أن المشرع ارتأى أن يلحق بتشكيل المحكمة الابتدائية التي ناط بها الفصل في الطعون في القرارات الصــادرة من لجان تحديد الأجرة ، وكذلك في الطعون في القرارات الصـادرة من لجان المنشـآت الآيلة للسقوط أو الترميم والصيانة والهدم تطبيقا لنص المادة ٥٩ من هذا القانون مهندس معماري

أو مدني نقابي ليس له صوت معدود في المداولة ، بهدف تكامل النظر القانوني الى جانب الخبرة الفنية وتجنبا لإطالة إجراءات ومشقة التقاضي وذلك استثناء من القواعد العامة التي تقصر تشكيل المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة للفصل في الدعاوى المدنية والتجارية على القضاة المعنيين طبقا لقانون السلطة القضائية وحدهم ، وإذا كان هذا النص واضحا صريحا جليا قاطعا في الدلالة على أن المراد بالمحكمة التي عينها واستلزم أن يلحق بتشكيلها مهندس عند الفصل في الطعون المشار إليها أنها المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها المكان المؤجر ، فإن حكمه الاستثنائي بإلحاق مهندس بتشكيل المحكمة يقتصر مجال تطبيقه على هذه المحكمة وحدها ولا يتعداه الى محكمة الاستئناف ، ولا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته أو قصد الشارع منه ، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه . لما كان ما تقدم ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر بصدوره من هيئة لم يلحق بتشكيلها مهندس فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون وبمنأى عن البطلان " (الطعن رقم ٣٧٠٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٤/١٠) وبأنه " المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن القوانين المتعلقة بإيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تعد من القوانين الاستثنائية التي تسري في نطاق الأغراض التي وضعت لها فيجب تفسيرها في أضيق الحدود دون ما توسع في التفسير أو القياس على أن يكون التعرف على الحكم الصحيح من النص بتقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أمره" (الطعن رقم ٢٩٥٥ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣)

- المعنى المستخلص من إشارة النص : لا يقصد بذلك المعنى الذي يستفاد من ألفاظ النص وعبارته ، بل إن المقصود في هذه الحالة هو المعنى الذي يعد لازما لما يستفاد من عبارة النص ، فالنص لا يعبر عن المعنى في ألفاظه ذاتها ، ولكنه يتضمنه على اعتبار أنه من لوازمه ، فهو يشير إليه دون أن يصرح به (عبد الوهاب خلاف ، مرجع سابق ص٢٤٥) مثال ذلك ما كان ينص عليه في القانون المدني المصري القديم بالنسبة للقواعد المتعلقة بالنفقات الواجبة على الشخص لذوي قرباه في المواد ١٥٥ الى ١٥٧ إذ لم يتكن ألفاظ النصوص القانونية تدل على أن المحاكم الأهلية تختص بنظر المنازعات المتعلقة بها ، ولكن نظرا لورود تلك القواعد في القانون المدني الذي تطبقه المحاكم الأهلية ، فإن ورودها هذا كان يثير الى اختصاص المحاكم الأهلية بنظر المنازعات الخاصة بها ، فالنصوص السابقة كانت تدل من طريق الإشارة على اختصاص المحاكم الأهلية بمسائل النفقات المذكورة ، ومن ذلك ما ورد في المادة ٧٤٩ مدني مصري بصدد عقد التأمين ، فقد ورد هذا النص ضمن الأحكام العامة للتأمين ، مقررا أن " يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين " ... ولم يوضح هذا النص ما إذا

كان شرط المصلحة يستلزم في تأمين الأضرار فقط أم ينصرف كذلك الى تأمين الأشخاص ، ومع ذلك فقد بين الفقه أن ورود هذا النص ضمن الأحكام العامة يشير الى أنه يسري على تأمين الأشخاص كما يسري على تأمين الأضرار فقط أم ينصرف كذلك الى تأمين الأشخاص ، ومع ذلك فقد بين الفقه أن ورود هذا النص ضمن الأحكام العامة يشير الى أنه يسري على تأمين الأشخاص كما يسري على تأمين الأضرار ، فهذا المعنى الذي وصل إليه الفقه يشير إليه النص من وروده ضمن الأحكام العامة ، دون أن يصرح به (الدكتور توفيق فرج ، أحكام عقد الضمان بند ٥٤) ولكن يلزم في هذه الحالة ألا يتعارض المعنى المستخلص بطريق الإشارة مع معنى آخر مستخلص من عبارة نص آخر أو النص نفسه ، لأنه إذا حصل هذا التعارض يغلب المعنى المستفاد من طريق العبارة على المعنى المستفاد من طريق الإشارة ، فالمعنى سالف الذكر المستفاد من طريق الإشارة ، بالنسبة لاختصاص المحاكم الأهلية بمسائل النفقات ، كان يتعارض مع صريح عبارة نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة الذي كان يستبعد مسائل النفقات من اختصاص تلك المحاكم ، ولهذا كان يغلب المعنى المستفاد من لفظ النص ، وكذلك الشأن بالنسبة لما حصل بصدد المادة ١/٩٦٠ موجبات لبناني ، المقابل للمادة ٧٤٩ مصري والذي يتكلم عن شرط المصلحة في التأمين ، إذ يؤخذ من ورود هذا النص ضمن الأحكام العامة أنه نص عام يسري على تأمين الأضرار والأشخاص ، ولكن هذا المعنى المستفاد من إشارة النص يتعارض مع ما يؤخذ من عبارته ذاتها التي تبين أنه قاصر فقط على تأمين الأضرار ، إذ يقضي النص أن " كل شخص له مصلحة في المحافظة على شيء يمكنه أن يعقد له ضمانا" ، فكلمة شيء تجعل حكم النص يقتصر فقط على تأمين الأضرار .

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة الخامسة مكرر ٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن والمضافة بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ إذ نصت على أنه " .... لا يسري التخفيض المشار إليه فيما تقدم بالنسبة الى ما يأتي : أولاً : المباني التي يبدأ في إنشائها مع العمل بأحكام هذا القانون ....." ، فقد دلت بمفهوم المخالفة على أم مقصود الشرع منها أن يدخل في نطاق تطبيقها المباني التي بدئ في إنشائها قبل ١٩٥٨/٦/١٢ – تاريخ العمل به – سواء أعدت للسكنى قبل أو بعد هذا التاريخ " (الطعن رقم ٣٧٤ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧) وبأنه " مؤدى نص المادة ٩٣ من الدستور أن مجلس الشعب لا يفصل في صحة عضوية أعضائه إلا من خلال فصله في طعن مقدم فيها فإذا لم يكن طعن فهى باقية على أصلها من الصحة عندما أعلن انتخاب المرشح فلا يلزم أبدا عرض صحة العضوية على المجلس لتقريرها يؤكد ذلك أن نص المادة المذكورة أوجب إحالة الطعن لا إحالة صحة العضوية الى

محكمة النقض لتحقيقه وأوجب أن تعرض نتيجة التحقيق والرأى الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعن لا للفصل في صحة العضوية التي لم تكن تحتاج الى فصل فيها لولا وجود الطعن " (الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧) وبأنه " نص القانون يستدل به على ما يفهم من عبارته أو إشارته أو دلالته أو اقتضائه وإذ كانت عبارة القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٩ لا تدل على أى وجه من أوجه الاستدلال المذكورة على أن الشارع قصد تقييد إثبات صفة التهجير بطريق معين مما مقتضاه إباحة إثبات هذه الصفة باعتبارها واقعة مادية بكافة طرق الإثبات ، ومن ثم يكون لمحكمة الموضوع أن تستخلص توافرها أو عدم توافرها مما تقتنع به من أدلة في الدعوى ولا سلطان عليها في ذلك طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله " (الطعن رقم ٦٣٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/٥/٣٠)

- العيوب التي تلحق النص : ١- الخطأ (L'erreur) : يتنوع الخطأ الذي يمكن أن يلحق بالنص التشريعي ، فقد يكون خطأ ماديا ، وقد يكون خطأ قانونيا ، وإن كن احتمال وقوع هذا الأخير من الأمور النادرة ، وتتنوع الأخطاء المادية في النص ، وترجع الى أسباب متعددة خلال المراحل التي يمر بها منذ البدء في إعداده حتى نشره في الجريدة الرسمية ، وقد تكون تلك الأخطاء بصورة تؤثر في المعنى الذي يمكن أن يؤخذ من النص ، فقد توجد ملاحظات في أصل النص أو مسودته التي يعدها المجلس النيابي ، كما قد توجد في نص مرسوم الإصدار أو في نقله الى الجريدة الرسمية ، وفي خلال طباعته .... ولا شك أن تلك الأخطاء تزداد خلال الفترات التي ينشط فيها المشرع ، إذ يضيق الوقت بحيث يتعذر التدقيق في المراجعة ، خاصة في الحالات العاجلة ، وتتنوع الأخطاء المادية ، وقد يرجع ذلك الى عدم توفيق المشرع عند الصياغة في التعبير اللغوي ، من ذلك ما جاء في المادة ٢٥٣ ، ٣١٣ عقوبات من أنه يعاقب بالأشغال (مؤقتا) و (مؤبدا) بدلا من (المؤقتة) و (المؤبدة) إذ التوقيت وصف يلحق الأشغال ، فيقال الأشغال (المؤقتة) أو (المؤبدة) وليس حالا من الفعل (يعاقب) (الدكتور عبد الفتاح الصيفي ، مرجع سابق ص٣٥٧) / وقد يرجع الخطأ المادي الى إحلال لفظ في النص محل لفظ آخر مثل ذلك ما تنص المادة ٢/٢٢٧ مدني مصري من أن " كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها ...." ، ولكن اللفظ الصحيح (نفقة) وليس (منفعة) وهو اللفظ الذي كان في المادة ١٢٥ مدني قديم والمعدل بالمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ (عبد المنعم الصدة ص٣٨٩) وقد يكون الخطأ في الصياغة اللغوية ذاتها للنص ، مثل وضع كلمة فقط في غير الموضع المقصور فعلا بالجملة ، إذ يؤدي ذلك الى تغيير المعني الذي يعطيه النص ، وقد يقع الخطأ في الترجمة ، وهذا النوع من الأخطاء يشيع في القوانين التي توضع أولا بلغة أجنبية ، ثم تترجم ، مثل القانون المصري السابق ، وكذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وكثيرا

ما يترتب على هذا تغيير واضـــح في النص العربي عن النص الفرنســـي ، الذي يعتبر هو الأصل . هذا عن الأخطاء المادية التي يحتمل أن تقع في النصوص التشريعية ، ولا شك أنه يتعين على المفسر أن يصححها ، دون أن يغير من قصد المشرع ، وإلى جانب الخطأ المادي قد يقع خطأ قانوني في بعض النصوص ، وهذا الخطأ تكشف عنه القواعد العامة ، من ذلك ما ورد في المادة ١/٤٨٨ مدني مصـــري من أنه لا يجوز أخذ اختصـــاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق) ... وصحة هذه العبارة مملوكة للمدين وقت (أخذ الحق) ذلك أنه يتعين عند أخذ الاختصاص على عقار للمدين أن يكون مملوكا له في هذا الوقت الذي يؤخذ فيه الاختصاص ، لأنه لا يعقل أن يأمر رئيس المحكمة بالاختصاص على عقار ، دون أن يكون هذا العقار في ملك المدين ، حتى ولو كان ســـيدخل في ملكه فيما بعد ، وحتى لو تحققت الملكية وقت قيد الاختصـــاص فيما بعد (ســـليمان مرقس ، مرجع ســـابق بند ١٣٠) وقد يؤدي الخطأ في الترجمة في بعض الأحيان الى خطأ قانوني ، مما يدعو دائما الى الاعتداد بالأصل الفرنسي في القوانين التي وضعت أولا بالفرنسية كما في القانون اللبناني .

٢- النقص L,omission : يأتي النقص من إغفال لفظ في النص التشـريع ، بحيث لا يسـتقم الحكم بدونه . مثل ذلك ما كانت تقضـــي به المادة ١٥١ مدني مصـــري قديم من أن " كل فعل نشـأ عن ضـــرر للغير ، يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضـــرر " ، والواقع أن المشـــرع لم يقصد أن يترتب الالتزام بالتعويض عن كل فعل نشأ عنه ضرر ، سواء أكان الفعل خطأ أم لم يكن ، ولكنه قصـــد الفعل الخاطئ ، وإذا كان النص قد أغفل اشـــتراط الخطأ ، فإن النص الفرنســـي كان يذكره ، وقد راعى القانون المدني الحالي هذا فنص على أن " كل خطأ ســـبب ضـــررا للغير ، يلزم من ارتكبه بالتعويض . ٣- الغموض : يأتي الغموض من أن أحد ألفاظ النص أو عبـارتـه في مجموعها تكون ممـا يحتمـل أكثر من معنى واحـد . فـالنص أو اللفظ الغامض يعتبر غير واضـــح الدلالة ، إذ لا يدل بنفس صـــيغته على المراد منه ، ولكن يتوقف فهم المراد منه على أمر خارجي ، وفي هذه الحالة يســـتعان بطرق التفســـير المختلفة لتحديد المعنى المقصود ، وبخاصة حكمة التشريع ، ونعرض لبعض صور الغموض من فيما يلي :

(أ) فقد يتضـــمن النص لفظا يدل على معناه دلال ظاهرة ، ولكن في انطباق معناه على بعض الأفراد نوع غموض أو خفاء ، وهذا ما يطلق عليه علماء أصـــول الفقه (الخفى) مثل ذلك لفظ الســـارق في الســـرقة عند تطبيقه على اختلاس التيار الكهربائي ، فقد عرف قانون العقوبات السارق بأنه " كل من اختلس منقولا مملوكا للغير (٣١١ عقوبات مصري) ولكن في انطباق هذا المعنى في حالة سـرقة التيار الكهربائي يعتبر منقولا أم لا ، وبالتالي هل يعد من يختلســـه ســـارقا ، وقد انتهت محكمة النقض المصـــرية الى اعتبار التيار الكهربائي منقولا ، إذ أن له

قيمة مالية ويمكن ضـــبطه وحيازته ونقله من حيز الى آخر ، ومثل ذلك النص على أن (لا يرث القاتل) فالنص واضـــح ، إلا أن في انطباقه على بعض الأفراد نوع غموض وخفاء ، إذ يثور التســاؤل هل ، يتناول القاتل خطأ أو بالتسـبيب أو لا يتناوله ، واختلف الفقهاء حول هذا الموضوع ، وقد أخذ قانون المواريث المصري بمذهب مالك الذي لا يعتبر القتل الخطأ مانعا من الميراث ، حيث نص على أن " من موانع الإرث قتل المورث عمدا ..." . (ب) وقد يرد في النص لفظ لا يدل بصيغته على المراد منه ، خلافا للحالة السابقة ، وفي هذه الحالة يعتبر الخفاء من اللفظ ذاته ، وليس من انطباق معناه على بعض الأفراد ، ويســـمى اللفظ في هذه الحالة (المشـكل) وقد يكون ذلك بسـبب أن اللفظ (مشـترك) وضـع لأكثر من معنى وليس في صـــيغته ما يدل على أى من هذه المعاني ، وإنما لابد من قرينة خارجية تبين ما يراد منه ، مثل ذلك ما جاء في الآية الكريمة " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" ، فلفظ (القرء) موضـوع في اللغة للحيض والطهر ، ولهذا يثور التسـاؤل ، هل تنقضـي عدة المطلقة بثلاث حيضـــات أو بثلاثة أطهار ؟ اختلف الفقهاء في هذا الصـــدد ، وقد ذهب الحنفية وفريق من المجتهدين الى أن المقصـــود هو الحيض ، والقرينة الخارجية التي تؤيد هذا ، هى أن حكمة إيجاب العدة على المطلقة معرفة براءة الرحم ، ولا يكون هذا إلا بالحيض ، ومن جهة أخرى فإن نص القرآن على عدة اللاتي يئسـن من المحيض وجعلها ثلاثة أشـهر يعني أنه إذا كانت عدة هؤلاء بالأشهر ، فإن الأصل هو الاعتداد بالحيض ، وبالإضافة الى ما ورد في الحديث من أن عدة الأمة حيضـــتان يبين أن المراد بالقرء هو الحيض في حالة الحرة ، وفي حالة ما إذا كان اللفظ المشـــترك معنى لغوي ومعنى اصـــطلاحي قانوني ، وجب الاعتداد بالمعنى الاصـطلاحي القانوني ، ما لم يوجد ما يدل على أن المقصـود هو المعني اللغوي ، مذل ذلك لفظ (الزنا) إذ معناه اللغوي كل علاقة جنســـية بين رجل وامرأة غير مرتبطين معا بزواج شــرعي ، ولكن المعني الاصــطلاحي في القانون ينصـرف الى العلاقة الجنسـية بين رجل وامرأة أحدهما متزوج . فإذا كان اللفظ مشـــتركا ، وليس له معنى اصـــطلاحي ، فإن المعنى يتحدد بالاجتهاد والتفسـير ، وخاصــة بالرجوع الى حكمة التشـريع . مثل ذلك ما يقضـي به قانون العقوبات من تشـديد عقوبة السـرقة التي ترتكب ليلا ، ولكن المشـرع لم يعرف (الليل) وهل المراد به فترة الظلام فقط أم المراد الليل بمعناه الفلكي من غروب الشمس الى شـروقها ، فلكنة (الليل) لفظ مشترك ينصرف الى أكثر من معنى ، ولكن الرجوع الى حكمة التشريع في تشديد عقوبة السرقة ليلا ، يجعلنا نرجح أن المقصود هو الفترة التي يسود فيها الظلام ، لأن الظلام يشـجع على ارتكاب جريمة السـرقة ، مما يجعل منه ظرفا مشـددا للجريمة . ٤- التعارض : قد يصـــطدم نص مع نص آخر ، بحيث لا يمكن الجمع بينهما لما بينهما من

تعارض ، رغم وضوح كل منهما ، منظورا إليه على حدة ، وقد يقع هذا في تشريع واحد أو في تشريعات مختلفة . في هذه الحالة ماذا يكون لحكم ؟ .... إذا وقع تعارض بين تشريعات متفاوتة في الدرجة فيغلب التشريع الأقوى ، كما قدمنا في تدرج التشريع ، وإذا كان التعارض بين تشريعات متساوية في قوتها ، فإن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق ، ولكن التعارض قد يكون بين نصوص التشريع الواحد ، أو بين نصين تشريعيين متساويين في القوة وصادرين في وقت واحد - في هذه الحالة ينبغي العمل على رفع التعارض بينهما - إذا لم يوجد ما يرجح أحدهما على الآخر - بالالتجاء الى طرق التفسير الخارجية . فإذا وجد ما يرجح أحدهما على الآخر انتهى الأمر . كما إذا وجد التعارض مثلا بين عبارة النص وإشارته ، إذ يغلب الحكم المستمد من عبارته على ما يستدل عليه من إشارته ، لكن إذا لم يوجد ما يرجح أحدهما على الآخر ، بأن كان الحكمان مستخلصين من عبارة النص مثلا ، كان لابد من رفع هذا التعارض بالالتجاء الى طرق تفسير أخرى خارج النصوص . (راجع في كل ما سبق سليمان مرقص ، إبراهيم الصيفي ، مرجع سابق ، توفيق فرج ، مرجع سابق)

- ومن طرق تفسير النص المعيب أن يلجأ القاضي للأعمال التحضيرية : ويقصد بها الوثائق والمذكرات الإيضاحية والمناقشات التي دارت حول القانون لحين إعداده ، وتعد الأعمال التحضيرية من أهم الوسائل في تفسير القانون ، لأنها كثيرا ما تبين الغرض الذي قصده المشرع من النص ، كما تكشف عنه نيته ، ونظرا لأهمية الأعمال التحضيرية ، فإن السلطة التشريعية تلحق بكل قانون مذكرة إيضاحية أو تفسيرية له ، حتى يتيسر السبيل للكشف عن الغرض من التشريع والظروف التي أحاطت به منذ التفكير فيه حتى ميلاده ، ومع ذلك فإنه ينبغي الحذر في الاستعانة بالأعمال التحضيرية لأنها كثيرا ما تتضمن آراء فردية خاصة بأصحابها يثيرونها أثناء مناقشتهم عند نظر مشروعات القوانين وفي اللجان المختلفة ، كما ينبغي أن يراعى من ناحية أخرى أنه رغم ما للأعمال التحضيرية من أهمية في الكشف عن نية المشرع إلا أنها ليست ملزمة للقاضي ، فهى لا تعتبر جزءا من القانون وخاصة أنها قد تتضمن في بعض الأحيان من الآراء ما يتعارض مع منطوق النصوص نفسها . (توفيق فرج ، سليمان مرقص ، مرجع سابق ، عبد الودود يحيى ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين – المنطبق على واقعة الدعوى – أن المشرع أجاز لبعض أقارب المستأجر البقاء في المسكن المجر حتى لو تركه المستأجر وأقام في سكن آخر ، وميز بين طائفة زوج المستأجر وأولاده ووالديه فلم يشترط لبقائهم في المسكن المؤجر سوى أن يكونوا مقيمين مع المستأجر وقت الترك أيا كانت مدة إقامتهم معه فيه ، وبين

باقي أقارب المستأجر فشرط ألا تتعدى قرابتهم له الدرجة الثالثة وأن تكون مدة إقامتهم سنة على الأقل سابقة مباشرة على تاريخ ترك المستأجر للمسكن ، أو مدة شغله له أن قلت عنه سنة ، ولا مســـاغ للقول أن الفقرة الثانية من المادة حين تنازلت فريق الأقارب حتى الدرجة الثالثة لم تذكر حالة الترك واقتصــرت على أن تكون إقامتهم في المســكن مدة ســنة على الأقل ســابقة على وفاة المستأجر أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل . إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون عيبا في الصياغة ويتنافى مع ما صــرح به في صــدر المادة من أنه لا ينتهي عقد إيجار المســكن بوفاة المســتأجر أو بتركه للعين مما يستأهل الاستهداء بحكمة التشريع والرجوع الى الأعمال التحضيرية لمشروع القانون ، وكلها مؤدية الى أن المشــرع إنما قصــد التســوية بين حالتى الترك والوفاة بالنســبة الى كل من طائفتى الأقارب على سواء ، يؤيد هذا النظر ما جلته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون من أنه نص على عدم انتهاء عقد الإيجار بوفاة المستأجر أو تركه العي المؤجرة إذا بقة من كانوا يقيمون معه من ورثته أو أقاربه حتى الدرجة الثالثة ، بشرط أن تكون الإقامة مستمرة في السنة السابقة مباشرة على الوفاة أو الترك أو مدة شغل المكان أيهما أقل ، يساند هذا القول أن المشروع كان لا يفرق أصــلا بين طائفتى الأقارب وكان يجعل منهما فريقا واحدا ، وأن التعديل الذي جرته اللجنة المشــتركة من لجنتى الشــئون التشــريعية والخدمات إنما اســتهدف التفرقة بينهما في مدة الإقامة الســابقة وقصــرها على الطائفة الثانية دون الأولى ، ولم يقصــد على الإطلاق تمييزا بين حالتى الوفاة والترك ، يظاهر هذا الرأى ما ورد على لسان ممثل الحكومة بمجلس الأمة عند مناقشته هذا النص من أن " هناك توسعة لتشمل المادة كثيرا من الأقارب واشترط فيها شرط بسيط حتى تكون الفائدة أعم هو مجرد الإقامة لمدة ســنة قبل الوفاة أو الترك " ، وما لبث المشــرع أن أفصــح عن اتجاهه الســابق متداركا هذا العيب في الصــياغة إذ نص صــراحة في العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن – الذي حل محل القانون الســابق – على أنه يشــترط في الفريق الثاني من الأقارب إقامتهم في المســكن مدة ســنة ســابقة على وفاة المســتأجر أو تركه العين أو مدة شــغله المســكن أيهما أقل ، واقتصــرت المذكرة الإيضاحية في شأنها على بيان أنها تقابل المادة ٢١ من القانون السابق ، مما مفاده أن الهدف هو مجرد أحكام صــياغة وليس إنشــاء حكم مســتحدث مغاير تأكيدا بأن مراد المشــرع هو اســتقرار الأوضــاع في هذه المســألة التي اســتحدثت بموجب القانون رقم ٥٢ لســنة ١٩٦٩ ومنع البلبلة في صــددها تبعا لقصــر الفترة الفاصــلة بين القانونين . لما كان ذلك ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالإخلاء على سند من أن نص المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ لا يبيح لأقارب المستأجرين حتى الجرة الثالثة البقاء مهما كانت مدة استقرارهم في العين قبل الترك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٥٥٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٤/٤) وبأنه "

الاستناد الى حكمة التشريع لا يكون إلا عند غموض لنص أو وجود لبس فيه . أما إذا كان النص واضحا جلى المعنى ، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته " (الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٢/٣/١٥)

وقضت أيضا محكمة النقض بأن " البحث عن حكمة التشريع لا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون القاضي معه مضطرا في سبيل تعرف الحكم الصحيح الى تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه " (الطعن ١٣٩٣ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩) وبأنه " النص في المادة ٤٠/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، يدل على أن المشرع إنما استهدف مواجهة أزمة الإسكان التي تصادف قطاعا كبيرا من الطلاب وهم هؤلاء الذين يضطرون الى ترك البلاد التي يقيمون فيها مع أسرهم الى أخرى تقع بها المعاهد العلمية التي يتم إلحاقهم بها ، فيسعون الى البحث عن مساكن لهم في هذه البلاد ، وغالبا ما لا يوفقوا فأتاح لهم المشرع بموجب هذا النص ، وتحقيقا للمصلحة العامة الاستئجار من الباطن دون إذن يصدر للمستأجر الأصل بذلك من المالك ، مما لازمه أن يكون هؤلاء الطلاب في مرحلة يحتملون فيها الاغتراب عن أسرهم والقيام على أمور أنفسهم دون حاجة الى إشراف أو معاونة من ذويهم ، ولا يحاج في ذلك بأن النص قد أطلق في صياغة لفظ (الطلاب) إنما استهدف كل من التحق بمعهد دراسي أيا كان سنه أو المرحلة الدراسية المؤهل بها ، لمخالفة ذلك للحكمة من التشريع ، ووروده استثناء من القواعد العامة في قوانين إيجار الأماكن التي تحظر على المستأجر – دون إذن تصريح من المالك – تأجير المكان المؤجر له من الباطن ، مما يتعين أخذه بقدره وعدم التوسع في تفسيره حتى لا يتخذ سبيلا لمخالفة الحظر المشار إليه في غير موضعه " (الطعن رقم ١٢٥١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢١) وبأنه " مفاد نص المادة ٧٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليهما أن المشرع قرر تمليك المساكن الشعبية الاقتصادية التي تقل أجرتها عن الأجرة القانونية متى كانت الأجرة بواقع جنيه للغرفة الواحدة أو أقل والمتوسطة متى كانت أجرة الغرفة جنيه ونصف أو أقل وذلك على التفصيل السابق بيانه وأن ما اشترطه بصريح هذين النصين أن تكون هذه المساكن قد تم شغلها قبل ١٩٧٧/٩/٩ ولم يوجب أن يكون طالب التمليك هو الشاغل لها في هذا التاريخ يؤكد هذا النظر ما أورده المشرع في الملحق رقم ١ المرفق بقرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه من التصريح بإتمام إجراءات التمليك مع الخلف العام للمستأجر أو من تلقى حق الإجارة عنه بأداة قانونية سليمة وما أوجبه من مراعاة أن يخصم من مقابل التمليك المبالغ المدفوعة كأجرة لوحدة سكنية أخرى مماثلة في المحافظة ذاتها أو حتى في محافظة أخرى " (الطعن رقم ١٤٦٩ لسنة ٥٨ق هيئة عامة جلسة ١٩٩٤/٤/١٤)

- ومن طرق تفسير النص المعيب أن يلجأ القاضي للمصدر التاريخي للنص : كثيراً ما يرجع المفسر الى المصدر التاريخي للنص القانوني لكلا يتبين حقيقة قصد المشرع إذا ما جاء النص معيبا بعيب من العيوب السابقة ، والواقع أن الرجوع الى السوابق التاريخية للنص من شأنه أن يكشف عن الظروف التي كانت قائمة عند وضعه ، ويعين على معرفة إرادة واضعي القانوني ، كما أن الرجوع الى تلك السوابق ييسر على المفسر الوقوف على حقيقة الكثير من الأنظمة التي تبناها التشريع الذي يفسره والمأخوذة عن القوانين الأجنبية ، ولهذا فإننا كثيرا ما نجد الفقه والقضاء يرجعان الى الشريعة الإسلامية للوقوف على معنى النصوص التشريعية التي استمدت منها ، كالنصوص المتعلقة بالشفعة والوصية ... كما أنهم يرجعون كذلك الى القوانين السابقة التي جاء القانون القائم على أثرها . كما هو الشأن في مصر بالنسبة للقانون المدني السابق الذي كان مصدرا للكثير من قواعد القانون الحالي ويعتبر القانون الفرنسي من أهم المصادر المادية أو التاريخية التي يرجع إليها في البلاد التي أخذت عنه ، وذلك الوقوف على حقيقة المعنى المراد من نصوص التشريع في تلك البلاد ، ومع ذلك فإنه ينبغي الحذر في هذا المجال ، إذ أنه إذا كان القانون الفرنسي يعتبر مصدرا تاريخيا للكثير من القواعد والنظم التي تبنتها القوانين في غالبية البلاد العربية ، ومن بينها مصر ، فإن هناك من القواعد والأنظمة ما هو مختلف عن القانون الفرنسي ، مما يجعل لقوانين تلك البلاد طابعها الخاص ، ويرجع هذا الاختلاف الى تأثر تلك القواعد المخالفة للقانون الفرنسي بالشريعة الإسلامية ، وبظروف البيئة ، هذا فضلا عن التأثر ببعض القوانين الحديثة ذات الاتجاهات المغايرة في بعض الأحيان للقانون الفرنسي مثل القانون الألماني وغيره من القوانين في بعض الدول الأخرى . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، الدكتور سليمان مرقص ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر في ظل القانون المدني القديم – الذي لم يتناول الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته – على أن هذا الشرط لا يصح إلا إذا أقت وكان القصد منه حماية مصلحة جدية مشروعة وإذا خولف بعد استيفاء شروط صحته حكم بفسخ التصرف الأصلي أو إبطال التصرف المخالف بناء على طلب من وضع الشرط المانع لمصلحته . لما كان ذلك ، وكان النص في القانون المدني الجديد في المادة ٨٢٣ على أنه " ١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصور على مدة معقولة . ٢- ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير " ، والنص في المادة ٨٢٤ منه على أنه " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة فمل تصرف مخالف له يقع باطلا " ، يفيد

أن المشرع – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – قد قنن ما استقر عليه الفقه والقضاء من قبل ولم يضف جديدا إلا حسم الخلاف بيم ما تردد فيه القضاء من الحكمة ببطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي عند مخالفة الشرط المانع فآثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلات التصرف المخالف دون حاجة الى فسخ التصرف الأصلي أما نوع الجزاء فقد أبقى عليه وهو ليس بطلانا مطلقا بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية بقولها " أن الذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائما مصلحة في ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما ، ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا محل بعد ذلك للتحدي بما ورد بصدر المذكرة الإيضاحية من تحديد لنوع هذا البطلان من أنه بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف " . لما فيه من خروج عن المعنى الصريح الواضح للنص الذي اقتصر على بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان ، دون نوعه الذي يتحدد بمدلوله أخذا بالغاية التي تغياها المشرع منه وهى حماية المصلحة الخاصة المشروعة لا المصلحة العامة " (الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١) وبأنه " إذ كان الإجماع أخذا بروح الإنجيل وفكرة الجسد الواحد وعفة الزواج في وقت واحد ، وكان حظر تعدد الزوجات وتعدد الأزواج على سواء بعد من المبادئ التي سادت المسيحية طوال العشرين قرنا الماضية ولم تكن إطلاقا موضع خلاف على الرغم من انقسام الكنيسة إلى شرقية وغربية وإلى أرثوذكسية وكاثوليكية وبروتسانتية ، حتى أصبحت شريعة الزوجة الواحدة لها سمة وعليها علما ، مما مؤداه أن هذا المبدأ – وأن لم يرق الى مرتبة النظام العام على ما سبق بيانه – يعتبر من القواعد الأصيلة في المسيحية على اختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام والخليقة بالانصياع فيما بين المسيحيين ، بحيث أنه في نطاق التعدد المعاصر للزيجات وبخلاف الزيجات المتعاقبة – يعتبر الزواج الثاني المعقود حال قيام الزوجة الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ويكون لهما ولكل ذي شأن حق الطعن فيه " (الطعنان رقما ١٦ ، ٢٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/١٧) وبأنه " القانون المدني قد نظم عقد الهبة تنظيما كاملا بالمواد ٤٨٦ – ٥٠٤ وإذا كان من المسلم كما جاء بمذكرته الإيضاحية أنه قد استمد الأحكام الموضوعية في الهبة من الشريعة الإسلامية فإن هذا لا يسوغ الخروج على النصوص التشريعية بدعوى اللجوء إلى مصدرها مادامت واضحة الدلالة فيما يتناوله لفظها أو فحواها" (الطعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨)

- ومن طرق تفسير النص المعيب أيضاً أن يلجأ القاضي للمحكمة التي وضعها المشرع أو العلة من صدور هذا النص : يستعين المفسر كذلك في تحديده لمعنى النص بحكمة التشريع (ratio Iegis ، أى الغاية Le but) التي قصد المشرع الى تحقيقها من وراء النص . ذلك أن النص التشريعي إنما هو وسيلة لتحقيق غاية معينة ، غاية سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية .... هذه الغاية هى التي جعلت المشرع يقوم بوضعه ، ولهذا فإن معنى النص يتحدد على ضوء الغاية منه أو الدافع إليه ، ومع ذلك فإنه لا ينبغي تأويل النص عند وضوحه بدعوى الاستهداء بحكمة التشريع ، فمتى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى ، فإن البحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل ، وإنما يكون ذلك عند غموض النص ، أو وجود لبس فيه ، مما يكون معه القاضي مضطرا ، في سبيل تعرف الحكم الصحيح ، الى تقصي الغرض الذي رمى إليه ، والقصد الذي أملاه . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض في شأن العلة بأن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ، ومن ثم لا يجوز إهدار العلة وهى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم للأخذ بحكمة النص وهو ما شرع الحكم لأجله من مصلحة أريد تحقيقها أو مفسدة أريد دفعها ، وأنه متى كان النص عاما مطلقا فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء الحكمة منه ، إذ في ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل . لما كان ذلك ، وكانت عبارة نص المادة ٦٠١ من القانون المدني عامة مطلقة بحيث تتسع لكافة ورثة المستأجر المتوفى بما تجيزه لهم من الاستمرار في الانتفاع بالمكان المؤجر ، وكانت المادة ٦٠٢ لم تخص فئة معينة منهم بالحق في الانتفاع دون فئة أخرى ، فإن قصر تطبيقه على الحالات التي يمارس فيها الوارث ذات حرفة مورثه ، يعتبر تقييدا لمطلق النص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز ، ومن ثم يكون من حق ورثة المستأجر البقاء في العين المؤجرة لمورثهم إن رغبوا في ذلك دون اشتراط احتراف أيهم لذات حرفة المورث " (الطعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٦) وبأنه " إذا كانت العلة من مظنة التهريب التي افترض المشرع قيامها في حق الربان أو من يمثله عند وجود نقص في مقدار البضائع المنفرطة أو في عدد الطرود المفرغة من السفينة عما هو مبين في قائمة الشحن – هى استحقاق رسوم جمركية عن هذا النقص حسبما يستفاد مما نصت عليه المادة ١١٧ من قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ – فإذا انتفت هذه العلة بأن كانت البضائع المنفرطة أو الطرود المفرغة من السفينة من السلع المعفاة بذاتها من الرسوم الجمركية فإنه لا محل لافتراض مظنة التهريب عند وجود نقص في مقدارها عما هو مبين في قائمة الشحن " (الطعن رقم ١٩٢٥ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٧)

- ومن طرق تفسير النص المعيب أيضاً أن يلجأ القاضي لما يسمى بتقريب النصوص : من الأمور التي تيسر على المفسر الوقوف على معنى النص الغامض ، تقريب النصوص الغامضة من غيرها من النصوص التي تحكم المسائل المتشابهة أو المتعارضة وتقريبها كذلك من المبادئ الأساسية التي تعتبر تلك النصوص تطبيقا لها وتفريغا عليها . فالمفسر يعتبر النصوص الخاصة بموضوع واحد كلا يكمل بعضه البعض الآخر ولهذا لا يجب الوقوف لدى النص وحده ، بل ينظر إليه على ضوء الظروف المحيطة به ، بل وعلى ضوء النظام القانوني في مجموعة ، وبذلك يسهل عليه تعرف الأحكام القانوني ، على أن تقريب النصوص لا يفيد فحسب في إلقاء الضوء على حقيقة المراد منها في حالة الغموض ، بل أنه يفيد كذلك ، حتى في حالة النصوص السليمة . فقد يأتي النص مطلقا في موضع ثم يقيد في موضع آخر ، وقد يأتي النص عاما في صدد موضوع معين ثم يخصصه المشرع في موضع آخر ، وأن تقريب النصوص كان سببا في القول بعدم اختصاص المحاكم المدنية بمسائل النفقات على الرغم مما كانت توحي به إشارة النص في المواد ١٥٥ – ١٥٨ مدني مصري قديم . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، الدكتور سليمان مرقص ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ – الذي صدر في ظله قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ – مفاده أن القوانين تكون نافذة بعد نشرها بثلاثين يوما ما لم يحدد القانون ذاته ميعادا آخر أقصر أو أطول من ذلك لنفاذه وكان القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية قد صدر في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ هـ الموافق ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٦ ، ونصت المادة الثانية من مواد إصداره على أن يعمل بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية وإذ نشر بالعدد رقم ٦٥ منها في أول يوليو سنة ١٩٤٦ وكان المشرع الدستوري قد أرسى قاعدة عامة – على هذا النحو – مؤداها نفاذ القوانين بعد نشرها في الجريدة الرسمية بثلاثين يوما ، فإن مدة الشهر المنصوص عليها بالمادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ لا تفصح عن رغبة المشرع آنذاك في الخروج عن هذه القاعدة ، وتكون مدة الشهر في مفهومه ثلاثين يوما إعمالا للقاعدة العامة سالفة البيان ، ويبدأ سريان هذه المدة اعتبارا من ١٩٤٦/٧/٢ اليوم التالي لتاريخ نشر القانون وتنتهي في ١٩٤٦/٧/٣١ وبالتالي يكون القانون نفاذا اعتبارا من يوم ١٩٤٦/٨/١ " (الطعنان رقما ١٤٧ ، ١٨٦ لسنة ٦٣ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤) وبأنه " العبرة في تفسير النصوص بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ، فإن التعرف على الحكم الصحيح في النص يقتضي تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه . لما كان ذلك ، وكانت الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ مناط إعمالها أن يكون المبنى الذي أقامه المستأجر يشتمل على أكثر من ثلاث وحدات سكنية تامة البناء

و صالحة للانتفاع بها بعد نفاذ القانون ، وبالنسبة لعدد الحجرات فقد وردت عبارة النص "إذا أقام المستأجر مبنى مملوكا له يتكون من أكثر من ثلاث وحدات .....الخ" ، فإن ظاهر هذا النص يشير الى النصـــاب المتطلب لأعمال حكمها هو إقامة أكثر من ثلاث وحدات ســـكنية ، وهو نص ورد مطلقا فلم يرد به ما يشـــير الى تقييد تلك الزيادة بوحدة كاملة على الأقل فيظل هذا النص على إطلاقه ، لتكون مطلق الزيادة أيا كان قدرها وذلك اتساقا مع روح التشريع واستهداء بحكمته التي تغياها المشـرع وهى إعادة التوازن بين طرفى العلاقة الإيجارية بعد أن أصـبح المسـتأجر – وقد كان الطرف الضـعيف – من طائفة الملاك وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأمسـك عن أعمال حكم المادة ٢/٢٢ آنفة الذكر مشـــترطا لذلك أن تكون وحدات المبنى المقام من المســـتأجر أربع وحدات كاملة على الأقل ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله بما يوجب نقضه " (الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٤/١١) وبأنه " تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٧ من قانون التجارة البحري على أنه " كل من مرض من الملاحين أثناء الســـفر أو جرح أو قطع منه عضـــو ســـواء كان ذلك في خدمة السـفينة أو محاربة العدو أو اللصـــوص البحريين يأخذ أجرته ويعالج وتضمد جروحه ، وفي حالة قطع عضو منه يعطى له تعويضا " ، فإن مفاد هذا النص أن المشـــرع وإن لم يفرق بين المرض وقطع العضـــو فيما يتعلق بالأجر والعلاج إلا أنه فرق بينهما فيما يتصل بالتعويض حيث قصره على حالة قطع العضو إذا نشأ عن الإصابة دون حالة المرض ، ولما كان العضو هو جزء من مجموع جسم الإنسان مخصص لتأدية وظيفة ضرورية أو نافعة للحياة ، فمن ثم تعتبر الأسنان عضوا من أعضاء جسم الإنسان إذ تقوم بمهمة مضغ الطعام جيدا وتسـاعد على حسـن هضـمه . لما كان ذلك ، فإن فقد الملاح أسـنانه أثناء وبسـبب عمله بالسـفينة يوجب منحه التعويض المنصـــوص عليه في المادة ٧٧ المشـــار إليها ، ولا يغير من هذا النظر إمكان الاستعاضة عن الأسنان الطبيعية بأخرى صناعية تؤدي وظيفتها ، لأن تدخل العلم للتخفيف من آثار فقدها ليس من شـأنه أن ينف فقد الملاح لعضـو من أعضـاء جسـمه ولا يحرمه حقه في المطالبة بتعويض عن ذلك " (الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٧)

- ومن طرق تفسـير النص المعيب أيضـاً أن يلجأ القاضـي للنص الفرنسـي وخاصـة إذا كان القانون المصـري مأخوذ من القانون الفرنسـي : النصـوص الفرنسـية أهميتها ، وخاصـة في ظل القوانين التي وضـعت باللغة الفرنسـية أولاً ، ثم ترجمت بعد ذلك الى اللغة العربية ، ولا شك في أن الأصل الفرنسي للنصوص ، يعتبر أفضل بكثير من الترجمة العربية ، سواء من حيث بيانه عن قصـد المشـرع ، ومن حيث الدقة في الصـياغة ، وتفيد النصـوص الفرنسـية كثيرا في الرجوع إليها لإيضاح المعنى المستفاد من النصوص العربية ، حيث يتعذر ذلك الى بعض الأحيان ، كما تكشـــف كذلك عما يوجد في النصـــوص العربية من أخطاء تعزى الى

الترجمة ، ومن نقص أو سهو أو تحريف ، وفي مصر كان النصوص الفرنسية أهميتها كذلك ، كما هو الشأن في بعض الدول الأخرى مثل لبنان الآن ، حيث وضعت القوانين في البداية بالفرنسية ، ولكن الوضع قد تغير الآن في مصر ، بعد أن وضعت القوانين الحديثة باللغة العربية ، إلا أنه على الرغم من تغير الوضع الآن وجعل أصل النصوص باللغة العربية ، في مصر ، ويف بعض القوانين الحديثة في لبنان ، فإنه كثيرا ما يحدث أن ينشر ، الى جانب النصوص العربية ، ترجمة لها بالفرنسية وكثيرا ما تفيد هذه الترجمة الفرنسية عندما يكون النص العربي معينا بعيب من العيوب السابقة ، ومن ناحية أخرى فإن الكثير من تلك القوانين التي توضع باللغة العربية يستمد من قوانين فرنسية ، ولهذا يمكن الرجوع الى تلك القوانين ، باعتبارها من المصادر التي رجع إليها عند وضع مشروعات القوانين العربية ، ولا شك أن هذا يفيد في تحديد ما قد يريده المشرع في القوانين التي توضع على هذا النحو . (الدكتور عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، الدكتور سليمان مرقص ، مرجع سابق)

- حالة غياب النص : إذا لم يجد الفقيه أو القاضي نص سليما أو معيبا ينطبق على الحالة المعروضة عليه ، فإنه تجب التفرقة بين المواد الجنائية والمواد المدنية ، ففي المواد الجنائية إذا لم يجد القاضي نصا يجرم الواقعة ، وجب عليه القضاء بالبراءة لأنه لا يجوز توقيع عقوبة إلا بناء على نص إذ نصت المادة ٦٦ من الدستور على أن " العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون " ، ولأن النصوص الجنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها ، وليس معنى ذلك أنه يجب التضييق في تفسيرها إلى حد الوقوف عند معناها اللفظي أو معنى العبارة ، وإنما معناه أنه يجب في تفسيرها البحث عن حقيقة قصد المشرع من واقع عبارته وفحواها وعدم مجاوزته ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى النصوص المدنية الاستثنائية ، والقياس هو إعطاء حكم منصوص عليه لفرض آخر لاتحاد علة الحكم في الفرضين ، فهو يفترض بالضرورة أركانا ثلاثة : فرضا أعطاه المشرع حكما معينا ، وفرضا لم يضع له المشرع حكما ، وتوافر على الحكم الأول في الفرض الثاني ويقال للفرض الأول (الأصل) أو المقيس عليه ، ويقال للفرض الآخر (الفرع) أو المقيس ولكى يمكن إعطاء حكم الأصل للفرع يجب أن تتوافر الشروط الآتية ، وهى على طائفتين ، طائفة خاصة بالأصل ، وأخرى خاصة بالفرع : ١- أن يكون لحكم الأصل على يمكن إدراكها ، إذ القياس ينبني على توافر علة حكم الأصل بالنسبة للفرع ، وإذاً فإذا لم يتيسر معرفة علة حكم الأصل فلا يمكن القول بتحققها في الفرع ، فمثلا حدد القانون سن الرشد بإحدى وعشرين سنة وهو تحديد لا يمكن إدراك علته على وجه التعيين ، ومن ثم لا يمكن القياس على هذا الحكم . ٢- ألا يكون حكم الأصل خاصا

به لأنه لو كان خاصا به فإن هذا الاختصاص يفيد أن حكم الأصل أمر استثنائي وليس متفقا مع القواعد والأصول ، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تطبيقه ، أو كما يقول فقهاء الأصول "ما ورد على خلاف القياس فعليه لا يقاس " . ٣- أن يكون الفرع مساويا للأصل في علة الحكم . فإذا لم يكن كذلك كان هناك فارق بين الاثنين فيمتنع القياس . ومن المعلوم أن القياس مع الفارق غير جائز . ٤- ألا يكون قد نص على عدم خضوع الفرع لحكم الأصل ، إذ حينئذ يصطدم القياس مع نص صريح مع أنه لا يجري إلا عند عدم وجود نص . (الدكتور نعمان جمعة ، مرجع سابق)

- صور القياس : القياس ما هو إلا دلالة المفهوم ، والمفهوم قد يكون مفهوم موافقة أو مفهوم مخالفة . (أ) مفهوم الموافقة : مفهوم الموافقة يفترض وجود نص تدل عبارته على حكم واقعة لعلم اقتضت هذا الحكم ، ووجود واقعة أخرى تساوي هذه الواقعة في علة الحكم أو أولى منها ، وسمى هذا المفهوم بمفهوم الموافقة لأن حكم الفرع يوافق حكم الأصل ، وفي هذه الصورة يثبت حكم النص للواقعة الأخرى ، وإذن فمفهوم الموافقة له حالتان ، الأولى تساوي العلة أو اتحادها في الأصل والفرع ، والثانية ظهور العلة في الفرع عنها في الأصل . الصورة الأولى : القياس العادي : إذا تساوت العلة أو اتحدت في الأصل والفرع سمى القياس بالقياس العادي ، فالقياس يتحقق هنا حين تتوافر علة الحكم للفرع بنفس القدر الذي توافرت فيه بالنسبة للأصل ، ومثال ذلك ما يأتي : ١- ما تقضي به المادة ٦٩٧ مدني من أنه " لا ينفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل ...." ، فهذه المادة لم تتكلم عن الحالة التي يحجر فيها على رب العمل لجنون أو عته ، ومع ذلك فيشملها حكم النص بمفهوم الموافقة لاتحاد العلة . ٢- وما تنص عليه المادة ٧١٩ مدني على أن " المودع عنده لا يجوز له أن يستعمل الوديعة إلا بإذن المودع ..." ، فيفهم من هذا النص بطريق مفهوم الموافقة أنه لا يجوز له أن يرهن الوديعة أو يقوم باستغلالها . الصورة الثانية : القياس من باب أولى : وهى الصورة التي تكون فيها علة الحكم في الفرع أوضح من توافرها في حالة الأصل ، ومن ثم يكون من الأولى تطبيق الحكم على الفرع ، ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي: ١- ما يستفاد من نص المادة ٢٣٧ عقوبات الذي يقرر أن " من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس (أى عقوبة الجنحة) بدلا من العقوبة المقررة في المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ " ، أى بدلا من عقوبة الجناية " – من أن الزوج لو ضرب زوجته في هذه الحالة ضربا أحدث بها عاهة مستديمة تعتبر جريمته جنحة لا جناية لأن هذا أولى من القتل بالتخفيف . ٢- ما يستنبط من نص المادة ١١٤١ فقرة أولى (ج) من التقنين المدني الذي يقرر حق امتياز عام للنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة ، من أن نفقة الزوجة أيضا ، وهى

لا تدخل في مدلول لفظ الأقارب بمعناه الاصطلاحي ، تكون مضمونة بامتياز عام على جميع أموال زوجها لأن نفقة الزوجة أولى بالامتياز من نفقة الأقارب . ٣- ما تنص عليه المادة ٢٧٤ عقوبات من أن المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت . فيفهم من دلالة هذا النص أن للزوج أن يطلب إيقاف السير في دعوى الزنا قبل الحكم فيها ، لأن من ملك وقف تنفيذ الحكم بعد صدوره ملك الأول وهو وقف إجراءات الدعوى . (ب) مفهوم المخالفة : يفترض مفهوم المخالفة وجود نص على حكم في محل مقيد بقيد ، فيكون المحل الذي تحقق فيه القيد هو منطوق النص ، والذي انتفى عنه القيد هو مفهومه المخالف . وتكون للنص دلالتان : دلالة على حكمه في منطوقه ، ودلالة على خلاف هذا الحكم في مفهومة المخالفة ، ومثال ذلك : ١- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٣ مدني من أنه " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى أن ينقضي هذا الميعاد " . فالحكم المستفاد من عبارتها هو عدم جواز العدول عن الإيجاب مقيدا بأن يكون محددا فيه ميعاد للقبول . فإذا انتفى هذا القيد ، كان المفهوم المخالف هو الإيجاب الذي لم يعين فيه ميعاد للقبول ، وحكمه عكس حكم المنطوق أى جواز العدول عنه . ٢- ما تنص عليه المادة ٤٣٧ مدني على أنه " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ..." ، والاستنتاج بمفهوم المخالفة يقودنا هنا الى القول بأنه إذا هلك المبيع بعد التسليم فإن البيع لا ينفسخ ولا يرد الثمن الى المشتري ، فحكم فسخ البيع ورد الثمن الى المشتري مرتبط بعدم التسليم الى المشتري . أما لو كان التسليم قد تم فإن الشرط لن يتوافر وبالتالي يثبت للحالة المسكوت عنها عكس حكم الحالة المنصوص عليها ، ويراعى أن الاستدلال بمفهوم المخالفة كثير الخطورة ، لأن حكم المنطوق قد يكون واردا على سبيل التمثيل أو إشارة الى حكمة خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف ، فلا يصح الأخذ به ، ومثل ذلك أن ما تنص عليه المادة ٤٢١ مدني من أن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، فلا يصح أن يفهم منها أن البيع على أى شرط آخر كشرط المذاق مثلا أو شرط الرؤية يكون بيعا باتا ولا يعتبر معلقا على شرط واقف ، وكذلك المادة ٦٣١ مدني التي تنص على أن " لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه لا في حق ما يليه من المستحقين ، فإن حكم مفهومها المخالف بطلان إجارة الوقف التي تصدر بغبن فاحش من ناظر ليس هو المستحق الوحيد ، ولكن الواقع أن المشرع لم يقصد حكم البطلان في هذه

الحالة ، وإنما قصــد أن الإجارة تكون صــحيحة على أن يلزم المســتأجر بتكملة الأجرة إلى أجرة المثل . (الدكتور سليمان مرقص ، علي عرفة ، مرجع سابق)

- المبادئ والنظريات العامة للقانون المصري : إذا استعصت على القياس الحالة المعروضة على القاضــي ، وجب عليه أن يرتفع فوق النصــوص درجة أخرى ليســتنبط منها المبادئ الأساسية التي قامت عليها ، أو ليبني على أساسها نظرية ذلك عقله وقواعد المنطق ، ويمكن القول الى حد ما أن القاضــي يشــرع في هذه الحالة ، أى أنه ينشــئ القاعدة القانونية إنشــاء ، ولكنه ليس مطلق الحرية في هذا الإنشاء ، ولا يجوز له أن يتخذه وسيلة لجعل آرائه الشخصية قواعد قانونية إلا بالقدر الذي تتفق به هذه الآراء مع المبادئ التي يمكن اســتخلاصــها من النصوص التشريعية باعتبار أنها المبادئ التي صدر عنها المشرع ، وهذا العمل الإنشائي يمر بمرحلتين : مرحلة استنباط ومرحلة تفريع ، ففي الأولى يرتفع القاضي فوق النصوص القائمة ليســتنبط منها المبدأ العام صــعودا ، وفي القانية يفرع على هذا المبدأ قواعد ينزل بها لتطبيقها على الحالة المسكوت عنها ، ويبين من ذلك أن القول بأن القاضــي يشــرع في هذه الحالة أو أنه ينشئ القاعدة القانونية إنشاء قول فيه كثير من التجوز ، إذ الواقع أن القاضي لا يخلق القاعدة القانونية خلقا ، وإنما يقتصــر دوره على اســتنباط قاعدة معنية من القواعد والمبادئ المقررة في القانون الوضعي ، ومن أمثلة ذلك في القانون المدني نظرية الاشتراط لمصــلحة الغير التي بنتها المحاكم على أســاس المادة ١١٢١ مدني فرنســي ، فإن هذه المادة تنص على أن العقد لا يفيد أجنبيا عنه إلا أن يكون أحد المتعاقدين قد اشــترط لنفســه ولأجنبي في الوقت ذاته أو يكون العقد هبة مقترنة بشرط لمصلحة الغير ، وقد ارتفعت المحاكم من هذا النص – فيما اســتثناه – الى المبدأ العام الذي لابد أن يكون المشــرع قد صــدر عنه في هذا النص وهو مبدأ جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم فرعت على هذا المبدأ أحكام عقد التأمين لمصلحة الغير ، غير أنه يجب في الأخذ بهذه الطريقة مراعاة غاية الحذر من الاسترسال مع قواعد المنطق التي تحمل المفكر على أن يحلق بعقله في القضــاء بعيدا عن ظروف الحياة العلمية ، فيستنبط النتائج من مقدماتها بطريقة آلية حسابية بقطع النظر عما يترتب عليها من أثر في هذه الحياة . إذ أن القانون هو قبل كل شيء تنظيم للحياة العملية على الوجه الذي يحقق الخير العام ، فيجب أن ينزل المنطق القانوني فيه على حكم الاعتبارات العملية وأن يضــع نفســه في خدمتها ، لا أن يعتبر نفســه حاكما بأمره بفرض قواعده على الناس دون التفات الى ما يلائم حاجتهم . (راجع في كل ما سبق الدكتور سليمان مرقص ، مرجع سابق ، الدكتور نعمان جمعة ، مرجع ســابق ، عرفة ، مرجع ســابق ، وانظر الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق)

- ويفترض العلم بالتشريع من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن كان من أسس النظام القانوني والمبادئ الدستورية العامة أن " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها " ، إلا أنه مع ذلك يجوز للسلطة التشريعية في غير المواد الجنائية ولاعتبارات من العدالة والمصلحة العامة تستقل هى بتقدير مبرراتها ومواقعها ، أن تجري تطبيق حكم قانون معين على الوقائع السابقة بنص صريح فيه – وإذ كان الظاهر أنه بعد صدور القانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات ، قام خلاف بين مصلحة الضرائب وفريق من الممولين حول نشره وبالتالي حول تاريخ العمل به رأى المشرع إزاءه ملاءمة إصدار القانون رقم ٤٨٨ لسنة ١٩٥٣ بتعديل المادة الثالثة من القانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ والنص فيها على أن يعمل به من ١٩٥١/١١/٥ وهو ذات التاريخ الذي يحمله عدد الوقائع المصرية الذي أعد لنشره وذلك على ما أفصحت عند المذكرة الإيضاحية للقانون ، وكان النزاع في الدعوى يدور حول فئات رسم الأيلولة على تركة مورث المطعون عليهم واستحقاق هذا الرسم على التصرفات الصادرة من المورث الى الورثة وهل يحكمها القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ قبل تعديله بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ أم بعد تعديله ، وجرى الحكم المطعون فيه على أن القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ قبل تعديله بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ هو الواجب التطبيق على التركة مستندا في ذلك الى أن المشرع لم يلتزم المصلحة العامة فيما قرره بمقتضى القانون رقم ٤٨٨ لسنة ١٩٥٣ من ترتيب أثر رجعي للقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٥١٧ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٥/٣/٣١) وبأنه " وإن كان القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات بشأن تحضير القضايا أمام المحاكم الاستئنافية الصادر في ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ والمدرج في الجريدة الرسمية في اليوم ذاته قد نظم إجراءات أوجب على الكافة إتباعها ابتداء من تاريخ لعمل به ونص في المادة الثالثة منه على العمل بالقانون المذكور من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية إلا أن افتراض علم الكافة بالإجراءات التي أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض فإذا كان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التي نشر فيها ذلك القانون وإن كانت قد طبعت في ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ إلا أنها لم توزع وتنشر فعلا إلا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع فإنه يكون مشوبا بالقصور " (الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤) وبأنه " افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه من تاريخ نشره بالجريدة

الرسـمية مرهون بعدم قيام أسـباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض ، وإذ كان الطالب قد تمسـك بأنه اسـتحال عليه هذا العلم لأن العدد رقم ٣٦ من الجريدة الرسـمية الصـادر في ١٩٧٤/٩/٥ والذي نشـر به القرار المذكور لم يرسـل الى صـالة بيع المطبوعات الحكومية لعرضـه للبيع إلا بعد يوم ١٩٧٤/٩/ وأيد دفاعه بالخطاب المؤرخ ١٩٧٥/٣/١٣ والصـادر من وكيل إدارة الهيئة العامة لشـئون المطابع الأميرية ، فإن افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه لا يبدأ من يوم ١٩٧٤/٩/١٠ ، ولما كانت الأوراق قد خلت مما يفيد إعلان الطالب بالقرار المطعون فيه أو علمه به علما يقينا قبل هذا التاريخ وكان الطلب قد قدم في ١٩٧٤/١٠/٩ فإنه يكون مقدما في الميعاد المنصـوص عليه في المادة ٨٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ " (الطعن رقم ٩٩ لسن ة ٤٤ق جلسة ١٩٧٥/٦/١٩)

- ويعد الاسـتدراك الذي ينشـر بالجريدة الرسـمية لتصـحيح نص بالقانون جزءًا من النص التشـريعي المصـحح ، وقد قضـت محكمة النقض بأن " الاسـتدراك الذي ينشـر بالجريدة الرسـمية لتصـحيح نص القانون هو وسـيلة تتخذ لتدارك ما عسـى أن يكون قد اكتنف النص الأصـلي من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشـره بقصـد تصـويبها ، ويعتبر التصـويب عندئذ جزءًا من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير في النص المنشـور لفظا ومعنى فهو تعديل له من جهة لا تملك ولا يجوز إلا بصدور قانون آخر ولا ينال من النص الأصلي الذي يتعين إعمال أحكامه " (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٦/١/١٨)
- والأوضـاع الشـكلية للنصـوص التشـريعية هى من مقوماتها كقواعد قانونية ، وقد قضـت المحكمة الدسـتورية العليا بأن " وحيث إن الرقابة التي تباشـرها هذه المحكمة – وعلى ما أطرد عليه قضاؤها – غايتها أن ترد قواعد الدستور كافة النصوص التشريعية المطعون فيها ، وسـبيلها الى ذلك ، أن تفصـل بأحكامها النهائية في الطعون الموجهة إليها شـكلية كانت أم موضوعية ، وأن يكون استيثاقها من استيفاء هذه النصوص لأوضاعها الشكلية أمرا سابقا بالضـرورة على خوضـها في عيوبها الموضـوعية ذلك أن الأوضـاع الشـكلية للنصـوص التشـريعية هى من مقوماتها كقواعد قانونية لا يكتمل كيانها أصـلا في غيبتها ، وذلك خلافا للعيوب الموضوعية التي تقوم في مبناها على مخالفة النصوص الطعينة لقاعدة في الدستور من حيث مضمونها الموضوعي ، وهو ما يفترض لزوما اكتمال أوضاعها الشكلية وإن شابها عوار موضوعي لخروجها على الأحكام الموضوعية في الدستور ، ومن ثم فإن الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشـريعي وقاعدة دسـتورية موضـوعية سـواء بتقرير قيام المخالفة المدعى بها أوب نفيها إنما يعد قضـاء في موضـوعها منطويا لزوما على اسـتيفاء

النص المطعون عليه للأوضـاع الشكلية التي تطلبها الدستور ومانعا من العودة الى بحثها ، ذلك أن العيوب الشكلية – وبالنظر الى طبيعتها – لا يتصور أن يكون بحثها تاليا للخوض في المطاعن الموضوعية ولكنها تتقدمها ، ويتعين على هذه المحكمة – بالتالي أن تتحراها بلوغا لغاية الأمر فيها ، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها ينحصر في المطاعن الموضوعية دون سواها ، بما مؤداه أن العيوب الشكلية تفرض نفسها على المحكمة دوما ، إذ لا يتصور أن تتجاهلها عند مواجهتها لأية مطاعن موضوعية " (الدعوى رقم ١٤٠ لسنة ١٨ق دستورية جلسة ٢٠٠٠/٧/٨)

- والاستناد الى المصادر الاحتياطية قاصر على القواعد القانونية الموضوعية دون القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي والمرافعات ، وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كانت القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي والمرافعات المدنية وهى المنشئة على الإجراءات والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء الى القضاء وكيفية الفصل في الدعوى وقواعد إصدار الأحكام والطعن فيها وتنفيذها لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ولا بالنصوص القانونية المنظمة لها ، وكان المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساسا في مجموعه المرافعات المدنية والتجارية الصادر بها القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والتشريعات المكملة دون اعتداد بأية مصادر أخرى ، فإنه لا محل للمحاجة في هذا المجال بما تقضي به المادة الأولى من التقنين المدني من الاستناد الى بعض المصادر عند تخلف النص التشريعي باعتبار القانون الأخير من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق التي تبينها وتحدد كيفية نشوئها وطريقة انقضائها ، بينما قانون المرافعات يقرر الوسيلة التي بمقتضاها تؤدي هذه الحقوق ، بحيث تلزم الشكلية كى يطمئن الأفراد الى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التي نص عليها القانون ضمانا لسير القضاء ومنعا من أن يترك الأمر فيه لمطلق التقدير " (الطعن رقم ٧٧٠ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢)
- تحديد المقصود بالنظام العام ، وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن خلا التقنين المدني والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام ، إلا أن المتفق عليه أنه يشمل القواعد التي ترمي الى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس مذهب علماني بحت يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية ، وإن كان هذا لا ينفي قيامه أحيانا على سند مما يمت الى العقيدة الدينية بسبب متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة ، بحيث يتأذى الشعور

العام عند عدم الاعتداد به ، مما مفاده وجوب أن تتصـرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعا من مسلمين وغير مسلمين بصرف النظر عن ديانتهم ، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على المسيحيين ويتفرد المسمون ببعضها الآخر ، إذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصيا أو طائفيا وإنما يتسم تقديره بالموضوعية ، متفقا و ما تدين به الجماعة في الأغلب الأعم من أفرادها ، وبهذه المثابة فلا يمكن اعتبار مبدأ عدم تعدد الزوجات من النظام العام بالمعنى السابق تجليته ، أخذا بما هو مسلم به من قصره على الشريعة المسيحية وحدها "(الطعنان رقما ١٦ ، ٢٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/١٧) وبأنه " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد ، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، باعتبار أن المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة وسواء ورد في القانون نص يجرمها أو لم يرد " (الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٣/١٤) وبأنه " من المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعي أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من تقرير القاعدة القانونية الواردة به الى تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه ، التزاما بمقتضيات الصالح العام ، وترجيحا لها على ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة مغايرة ، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام" (الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥)

ولا يعد تشريعاً لائحة المجلس الملي لسنة ١٩٣٨ بالنسبة للأحوال الشخصية للمسيحيين الأرثوذكس بالغم من صدوره من المجلس الملي لأن هذا المجلس قد اغتصب سلطة المشرع في التشريع وليس له أى سند من القانون ولا يعلل بذلك بأن هذه اللائحة قد وصلت الى مرتبة العرف لأن هناك العديد من اللوائح الصادرة عن هذا المجلس ولا يعمل بها وغير معترف بها ، وما ذهبت إليه محكمة النقض من اعتباره عرفاً ليس صحيحاً وليس له أى سند قانوني . ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن " إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استند في قضائه بالتطليق لسوء السلوك وفساد الأخلاق الى نص المادة ٥٦ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التي أقرها المجلس الملي العام في ١٩٣٨/٥/٩ ، وعمل بها من ١٩٣٨/٧/٨ بعد تجميعها من مصادرها واضطرت المجالس الملية على تطبيقها . لما كان ذلك ، وكان لا محل للتحدي بأن أحكام مجموعة سنة ١٩٥٥ هى الواجبة التطبيق وأنها قد خلت من نص خاص يجيز التطليق لهذا السبب ، ذلك أنه لا إلزام في الاستناد الى الأحكام التي حوتها نصوص

هذه المجموعة دون غيرها من المصـــادر الأخرى التي يرجع إليها لدى الطائفة المذكورة ، إذ لم يصدر بأى منهما تشريع من الدولة بحيث يجوز القول بأن التنظيم اللاحق يلغي التنظيم السابق ، والعبرة في هذا الخصوص بما كانت تسير عليه المحاكم الملية في قضائها استقاء من المصادر المختلفة لشـــريعة تلك الطائفة ، ولما كان الحكم المطعون فيه ، وعلى ما ســـلف البيان ، قد طبق على واقعة الدعوى النص الوارد بشـــأنها في مجموعة ســـنة ١٩٣٨ باعتبار أن المحاكم الملية قد جرت على تطبيق أحكام هذه المجموعة منذ وضـــعها حتى ألغيت تلك المحاكم بالقانون رقم ٤٦٢ لســـنة ١٩٥٥ ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٣ لســـنة ٤٢ق جلســـة ١٩٧٣/٦/٩)

وقضـــت أيضـــاً محكمة النقض بأن " الرهبة نظام جاز عند بعض الطوائف المســـيحية في مصـــر وقد اعترفت به الحكومة المصـــرية إذ اختصـــت الرهبان على اختلاف درجاتهم ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العســكرية ومن الرســوم الجمركية ، والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصـــادر في ١٤ مايو ســنة ١٨٨٣ بترتيب واختصـــاصـــات المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صـــرح بأن للرهبنة نظاما خاصـــا يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له ، ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في ســـلك الرهبنة يعتبر ملكا للبيعة التي كرس حياته لخدمتها ، فالراهب يدخل الدير فقيرا مجردا من كل مال ليثقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب الدير وهو راض بالنظام الكنسي القاضي بأن كل ما يصيب الراهب من رزق لا يملك فيه شيئا بل يكون ملكا للكنيسـة ، ولما كان هذا الذي جرى العرف الكنســي عليه ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام فإن الحكم الذي يعد المطران مالكا لنفسه ، لا للكنيسة ما يشتريه وقت شغله منصبه الديني على أساس أن عقود الشراء صدرت له شخصيات لا بصـــفته نائبا عن الكنيســـة يكون مخطئا في ذلك لعدم تطبيقه القواعد الكنيســـة المحددة لعلاقة الرهبان بالكنيســـة في ملكية الأموال باعتبارها قانون العقد الواجب الآخذ به " (الطعن رقم ٥٧ لســـــــــــــــنـــــــــــــــة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٥/١٤)

- ثانياً : العرف : تعريف العرف : العرف هو ســـنة يتبعها الناس مع شـــعورهم بإلزامها إلزاما قانونيا . فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقا لسـلوك معين ، اطرادا مقترنا بإحســـاســـهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا الســلوك ، والعرف باعتباره ســلوكا يتواتر الناس على إتباعه ، هو واقعة مادية ، أو مجموعة من الوقائع المادية ، وهذه الواقعة المادية تمثل العنصر الأول أو الركن الأول من أركان العرف ، ولكن الواقعة المادية لا تنشـــئ أمرا impératif ، أى لا تحدد ما ينبغي أن يكون Sollen , devoir-étre أى لا تنشئ قاعدة من قواعد السلوك

، ولذلك لابد أن يضـاف الى هذا الركن المادي ، ركن آخر معنوي ، وهو الشـعور بضـرورة إتباع هذا السلوك ، وهذا الشعور بالإلزام هو الذي يجعل من الواقعة أمرا ، ومن التواتر قاعدة قانونية ، وبالجمع بين الركنين المادي المعنوي ، يصـــبح العرف قاعدة قانونية ، أى يصـــبح أمرا ملزما بإتباع سـلوك معين عند توافر شـروط معينة ، وإذا كان العرف يتميز بأنه قانون غير مكتوب ، فإنه من المتصـور مع ذلك كتابة العرف بعد نشـأته ، أى تجميعه بعد وجوده ، والمثل البارز على ذلك ما تم من تجميع العرف في فرنسا في القرنين الخامس عشر والسادس عشـر ، ولكن رغم هذه الكتابة فإن العرف يظل قانونا غير مكتوب بمعنى أن مصـدر إلزامه ليس هو تجميعه وكتابته ، وإنما هو شعور الناس بقوته القانونية ، وهو الشعور الذي جعل من العرف قانونا قبل أن يتم تجميعه ، ويخلص مما سبق أن العرف هو قانون غير مكتوب ينشأ عن تواتر الناس على إتباع سـلوك معين مع شـعورهم بوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك . (الدكتور سمير تناغو ، مرجع سابق ص٤٢٣ وما بعدها)

- شروط العرف : يشترط لكى يصبح العرف مصدراً من مصادر القانون أن تتوافر فيه عدو شـروط أولها أن يكون عاما . ذلك أن العرف ينشـئ قاعدة قانونية ، والقاعدة لابد أن تكون عامة مجردة ، فلا ينصرف حكمها الى شخص معين بذاته ، أو الى أشخاص معينين بالذات ، وليس معنى هذا أن يكون العرف شـاملا لكل الأشـخاص في الدولة ، ولكنه قد يكون خاصـا بإقليم معين منها ، وفي هذه الحالة يعتبر العرف محليا ، وقد ينشـأ العرف ويكون خاصـا بفئة من الأشخاص فقط ، ومع ذلك لا يفقد صفة العمومية ، وهذا هو الشأن بالنسبة للعرف الذي ينشأ بين طائفة التجار أو المزارعين أو أصـحاب مهنة معنية ، وفي هذه الحالة يعتبر العرف مهنيا أو طائفيا ، بل إن العرف قد ينشـأ من تعود شـخص واحد ، شـخص غير معين بذاته ، على سلوك مسلك معين في أمر من الأمور ، كما إذا تعود رئيس الدولة على إصدار قرارات من نوع خاص في أمر من الأمور ، إذ قد يترتب على هذا أن تتكون قاعدة عرفية تخول رئيس الدولة إصـدار مثل تلك القرارات ، وثانيها : أن يكون العرف قديما ancienne : ومعنى ذلك أن يمضـي على إتباعه فترة طويلة بحيث يمكن أن يقال إن الأمر قد اسـتقر في الجماعة على إتباعه ، ولا يوجد حد معين لهذه المدة ، إذ تختلف المسألة باختلاف الظروف ، ولهذا يترك للقضاء تقدير ما إذا كان اعتياد الناس على القيام بهذا الأمر قد أصـبح قديما بحث يمكن القول إنه اسـتقر أو لم يسـتقر " ، وثالثها : أن يكون العرف ثابتا constante : ومعنى ذلك أن يتبعه الناس بانتظام ، بطريقة لا تتغير ولا تنقطع ، فلا يتبعه الناس في بعض الأوقات ، ويتركونه في أوقات أخرى ، ويترك تقدير هذا الموضـوع كذلك للقضـاء ، ورابعها : أن يكون العرف مطابقا للنظام العام والآداب في المجتمع : فإذا جرت عادة الناس على أمر من

الأمور التي تتنافى مع النظام العام مثلا ، كما هو الشـأن بالنسـبة لعادة الأخذ بالثار في بعض الأقاليم ، فإنه لا ينشـأ عنها عرف ملزم قانونا ، لأن هذا يتعارض مع قاعدة أسـاسـية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع ، مقتضـاها أن الدولة هى التي تتولى القصـاص من الأفراد الذين يعتدون على حياة الغير ، وخامسـها : أن يتولد في أذهان الناس الشـعور بضـرورة احترامه ، وأن مخالفته تستوجب توقيع الجزاء عليهم ، وهذا الشعور بالإلزام شرط جوهري لتكوين العرف . فإذا ما استقر هذا الشعور لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة ، يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية واجبة الاحترام ، أى تصـلح ملزمة للأفراد . هذه هى الشـروط اللازمة لقيام العرف ، ويرد الفقهاء هذه الشـروط الى ركنين: الركن المادي ، والركن المعنوي . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع سـابق ، الدكتور سـليمان مرقس ، مرجع سـابق ، السـنهوري ، مرجع سابق)

- العرف والعادة : إذا كان يلزم لقيام العرف توافر الركنين المادي والمعنوي . فإن العادة تقوم متى توافر الركن المادي فقط ، دون الركن المعنوي ، ومن العادات ما يتصـل بالعلاقات القانونية بين الأفراد ، وهى ما تسمى بالعادات الاتفاقية (usages conventionnels) وهى التي تعنينا في هذه المجال ، و هذه العادات الاتفاقية قد تكون عادات محلية تختلف باختلاف الجهات ، كما قد تكون مهنية خاصـة بمهنة من المهن ، ومن أمثلة هذه العادات الاتفاقية ما جرى عليه التعامل بين الأفراد في حالة بيع بعض أنواع الفاكهة على أسـاس المائة ، فقد اختلفت العادة بالنسـبة لما يباع على أنه مائة ، إذ في بعض الجهات تباع مائة فقط ، وفي بعض الجهات الأخرى تكون المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين أو ثلاثين ، ومثالها أيضا ما جرت به العادة في بعض المدن من أن يدفع المسـتأجر ثمن المياه ، في حين أن ثمن المياه في البعض الآخر يكون على المؤجر ، وكذلك ما جرت به العادة من أنه إذا قامت شـركة بين شـخصـين وقدم أحدهما رأس المال وقدم الثاني العمل فقط ، فإن الأرباح توزع بينهما على أسـاس الثلثين للأول والثلث للثاني ، والعادة الاتفاقية لا تلزم الأفراد إلا إذا اتفقوا عليها وانصـرفت إرادتهم الى التقيد بها ، ذلك أن العادة تنشـأ إذا توافر الركن المادي فقط للعرف ، ولا يكون هناك عرف من مجرد إتباع الناس لقاعدة معينة مدة طويلة بصـورة ثابتة لا تتنافى مع النظـام العـام أو الآداب ، دون أن يتوافر الركن المعنوي حتى تتحول الى عرف ، ومن المتصور أنه إذا بلغت العادة درجة تجعلها تولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترامها وبإلزامها ، فإنها في هذه الحالة تتحول الى عرف ، طالما تكامل لها العنصـر المعنوي ، فإذا تكامل العنصـران المادي والمعنوي نشـأت قاعدة عرفية ، وهى قاعدة قانونية تحكم سـلوك الأفراد في الجماعة ، ويلتزمون بها ، شـأنها في ذلك شـأن القواعد القانونية الأخرى التي

مصـدرها التشـريع ، أما إذا لم يتكامل للعادة الركن المعنوي فلا تصـير بذلك عرفا ولا يلتزم بها الأفراد ، فهى لا تكون ملزمة للأفراد من تلقاء نفسـها ، وإنما هى تلزمهم فقط إذا ما اتفقوا فيما بينهم على إتباع حكمها ، وتطبيقها في هذه الحالة لا يكون على اعتبار أنها قاعدة قانونية ، ولكن تطبيقها يأتي من اتفاق الأفراد فيما بينهم على إتباعها باعتبارها شـرطا من شـروط الاتفاق ، وهذا بخلاف العرف ، إذ يلتزم الأفراد باعتباره قاعدة قانونية ، واتفاق الأفراد على إتباع حكم العادة قد يكون صـريحا ، أى قد يتفقون صـراحة فيما بينهم على إتباع حكمها ، وهذه المسألة لا تثير صعوبة ، إذ يعمل بالاتفاق فيما بينهم ، ولكن الرضا بها قد يكون ضمنيا ، أى يتضـح من ظروف الاتفاق بين الأفراد والغرض منه ومن المعاملات السـابقة بينهم ومهنة كل منهم ، ويكفي لاستخلاص هذا الرضـاء الضـمني ، بقبول الخضـوع لحكمها ، أن يعلم الأفراد بوجود عادة معينة ، ولا يسـتبعدون العمل بها في اتفاقاتهم ، وهذه مسـألة تترك لقاضي لكى يتبينها من الظروف ، وإذا كانت العادة لا تلزم إلا إذا انصرفت إليها إرادة الأفراد صـراحة أو ضـمنا ، فإنها في هذا تختلف عن القواعد المكملة أو المفسـرة التي تلزم الطرفين إلا إذا انصـرفت إرادتهم صـراحة الى ما يخالفها . على أنه إذا كانت العادة الاتفاقية لا يعمل بها إلا إذا اتفق الأفراد عليها ، باعتبارها شرطا في الاتفاق ، فما لحكم إذا أحال إليها المشرع نفسـه بالنص ؟ مثل ذلك ما نص عليه القانون المدني المصـري في المادة ٢٣٢ من أنه " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضـاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ، في هذه الحالة يترتب على إحالة المشـرع الى العادة أن تصـبح العادة المحال عليها واجبة الإتباع ، فتطبق حتى ولو لم تتجه إرادة المتعاقدين إليها ، ولا ينبغي اسـتبعاد حكمها إلا إذا اتفق الأفراد على خلاف ما تقضـي به ، أى أنها تصـبح كالقاعدة القانونية المكملة ، ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة عدة نتائج فبالنسبة للعرف يفترض في القاضي العلم به لأنه قانون ، ومن واجب القاضي أن يكون ملما بالقانون ، فلا يلتزم الخصوم بإثباته بل يتعين على القاضـي البحث عنه ، وتطبيقه من تلقاء نفسـه ، وفي الحالة التي تكون فيها القاعدة العرفية غير واضحة لا يسهل على القاضي الوقوف عليها ، فإن معاونة الخصوم له على إثبات هذه القاعدة ، لا يعني أن القاضي يترك لهم إثباتها بل أنهم في الحقيقة يثبتون العناصر التي يتكون منها العرف حتى يتثبت هو من قيامه . فالتثبت من قيام العرف أمر يترك للقاضي الذي يكون عليه أن يبين الدليل على قيامه والمصـدر الذي اسـتقر منه ذلك ، إذا نازعه أحد الخصـوم في وجوده ، والأمر على خلاف ذلك بالنسـبة للعادة الاتفاقية ، ذلك أنها ليسـت قاعدة قانونية كما قدمنا ، ولهذا فإنه لا يفترض في القاضـي العلم بها ولا يطبقها من تلقاء نفسـه ، ولكن يتعين

على ذوي المصـــلحة أن يطلبوا من القاضـــي تطبيقها ، كما يتعين عليهم كذلك القيام بإثبات وجودها وإثبات أنهم قصـدوا إتباعها فإذا ما تم ذلك يقوم القاضـي بتطبيقها عليهم ، شـأنها في ذلك شأن شروط العقد الأخرى ، وبالإضافة الى ذلك فإنه يتعين مراعاة الحالة التي يحل فيها القانون الى العامة ، حيث يكون على القاضـــي الرجوع إليها ، ما لم يتف ق الأفراد على خلاف ذلك ، والقواعد العرفية تلزم الأفراد سواء علموا بها أو لم يعلموا ، أى حتى ولو كانوا يجهلونها ، لأن العرف قانون ، ولا يعذر أحد يجهله بالقانون . أما العادة فهى لا تطبق إلا إذا قصـــد المتعاقدان إتباعها ، وهذا يفترض العلم بها ، فإذا كان الطرفان أو أحدهما يجهل حكم العادة ، فلا تطبق لأنه لا يمكن القول في مثل هذه الحالة أن إرادتهما قد قصدت تطبيقها ، ولما كان العرف قانونا فإن القاضـــي في تطبيقه له يخضـــع لرقابة محكمة النقض ، وهذا بخلاف العادة ، فهى لا تعدو أن تكون مجرد واقعةٍ الوقائع ، ولهذا يكون لقاضـــي الموضـــوع القول الفصـل ولا يخضـع لرقابة محكمة النقض . (انظر في كل ما سـبق سـليمان مرقص ، مرجع سابق ، توفيق فرج ، مرجع سابق ، كيرة بند ١٦١ ، جلال إبراهيم بند ١٣٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن " تقدير ثبوت العادات التجارية والتحقق من قيامها وتفسيرها يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض إلا حيث يحيد عن إعمال حكم العادة التجار ية التي ثبت لديه قيامها " (الطعن رقم ٢٩٣ لســـنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٢) وبأنه " لا تثريب على محكمة الموضوع إذا هى رفضت الاستجابة الى ما طلبه الطاعن من إحالة الدعوى الى التحقيق ليثبت ما ادعاه من قيام عرف تجاري مبناه أن التعامل في سـوق البصـل في الإسـكندرية يجرى على أسـاس معاينة المبيع وأن البيع لا يتم على مقتضى عينة خاصة . ذلك أن دفاع الطاعن في هذا الخصوص لم يكن مبناه أن ثمة عرفا تجاريا يناهض نصا مفسرا وإنما كان مبناه أن هذا العرف هو الذي يتحدد به مراد الشارع من نص المادة ٣٤ من القرار الوزاري رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ وإذا كان هذا هو ما استهدفه الطاعن بطلب الإحالة الى التحقيق فإنه لا حرج على محكمة الموضوع إذا هى التفتت عنه وأخذت في تفسير ذلك النص بما تدل عليه عبارته الواضحة " (الطعن رقم ٢٢٢ لسن ة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥) وبأنه " لا يجوز للمتعاقد الاستناد الى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذي تم بينه وبين الطرف الآخر في العقد إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجاري ويكون اتفاقهما ملزما لهما " (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

- العرف والتشريع : لا يزال العرف في الوقت الحاضر مصدرا ر سميا للقانون ، وإن كان قد ترك مكان الصـــدارة للتشـــريع في أغلب الدول الحديثة ، وذلك لما للتشـــريع من مزايا جعلته يتفوق عليه ، وفي البلاد التي تطبق فيها الشرائع الأنجلو سكسونية ليس للتشريع نصيب كبير

، والمقام الأول للعرف كمصدر رسمي من مصدراً القانون ، لأن السوابق القضائية في تلك البلاد تعد مصدرا للقانون وإذا ما اضطرد العمل على الأخذ بما قضت به المحاكم تكون عن ذلك عرف ، ومهما تكن أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون في الدول المختلفة فإن القانون المصري ، إذا كان ينص على وضع التشريع في المقام الأول باعتباره مصدرا أصليا ، لم يهمل الدور الذي يعطى للعرف الى جانب التشريع إذ جعل منه مصدرا تكميليا احتياطيا ، بمعنى أنه يجب على القاضي ألا يلجأ الى القواعد العرفية إلا إذا لم يجد نصا تشريعا ينطبق في لفظه أو فحواه على النزاع المعروض أمامه ، وبذلك يقوم العرف بسد ما قد يوجد من نقص ، لأنه مهما تدخل التشريع بتنظيم كل ما قد يعرض في الحياة من أمور ، فإنه لا يستطيع أن يعرض لها جميعها بالتنظيم ، فيق العرف وراءه ، ومن خلفه المصادر الاحتياطية الأخرى ، ليسد ما قد يكون هناك من نقص ، هذا هو دور العرف باعتباره مصدرا احتياطيا ، مكملا للتشريع . فما هى النتائج التي تترتب على ذلك ؟ وإلى جانب ما سبق ، فقد يتضمن القانون نصوصا تحيل على العرف باعتباره معاونا للتشريع ، سواء أكان ذلك في تنظيم مسألة في المسائل ، أم في التعرف على نية المتعاقدين وتفسيرها ، أم لبيان حدود فكرة معينة يفضل المشرع أن يترك تحديدها للعرف ، ويترتب عدة نتائج على تخلف العرف على التشريع في المرتبة وهى أن العرف لا يملك إلغاء التشريع أو مخالفته ، وهذه نتيجة منطقية للتدرج بين التشريع والعرف ، وهو ما أشار إليه المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بصدد المادة ٢ منه إذ قال أنه " النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر ، يستتبع عدم جواز فسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق " ، ومن هذا يتبين لنا أنه لا يمكن للقاعدة العرفية أن تلغى التشريع ، وإذ ما وجد في مسألة واحدة قاعدة تشريعية وقاعدة عرفية ، فإن القاعدة التشريعية هى التي تطبق دون القاعدة العرفية ، وهذه القاعدة التي تقضي بأن العرف لا يملك إلغاء التشريع أو مخالفته ، قاعد عامة تسري بالنسبة لكل فروع القانون الخاص . ذلك أن المادة الأولى من القانون المدني المصري التي تجعل العرف في المرتبة التالية للتشريع ، هى من المواد التي تضع المبادئ العامة ، والتي لا تقتصر على القانون المدني وحده ، إذ أنها واردة في الباب التمهيدي للمجموعة المدنية ، والذي قصد به أن يتضمن القواعد القانونية التي تسري بالنسبة إلى كل فروع القانون الخاص ، ومن بينها القانون التجاري . (الدكتور سليمان مرقص بند ١٥٢ ، الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، السنهوري ، مرجع سابق ، الصدة ، مرجع سابق ، كيرة بند ١٧١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا محل لإعمال حكم المادتين ١٣٤ ، ١٣٥ من قانون التجارة الخاصتين بتظهير الكمبيالة لاختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك ، وإذ لم يضع القانون

التجاري أحكاما خاصة بتظهير الشيك وكان العرف قد جرى على أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية وذلك تيسيرا لتداوله وتمكينا له من أداء وظيفته كأداة وفاء ، فإن هذا العرف يكون هو الواجب التطبيق ما لم يثبت أنه أراد بالتوقيع أن يكون تظهيرا توكيليا " (الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٦/٧) وبأنه " النص في المادة الأولى من القانون المدني على أن تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، مفاده أنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يجوز التحدي بالعرف ، إلا إذا لم يوجد نص تشريعي " (الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣) وبأنه " إذ كان المتفق عليه في العقد موضوع النزاع أو مجال تطبيق العرف البحري يكون فيما لم يرد بشأنه نص في العقد وكان نص المادة السادسة من العقد واضح الدلالة على أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت الى تحمل المطعون ضدها لجميع الخسائر وهو اتفاق صحيح ولا يخالف النظام العام فإن الحكم المطعون فيه إذ ساير الحكم الابتدائي في إعمال العرف التجاري تطبيقا للمادة السابعة عشر متجاهلا ما تضمنته المادة السادسة من شروط واضحة تخالف هذا العرف اتجهت إرادة الطرفين الى إعمالها فإنه يكون قد مسخ نصوص العقد وخالف بذلك قواعد التفسير وإذ التفت عن دفاع الطاعنة في هذا الشأن ولم يتناوله بالرد فإنه يكون فضلا عن مخالفته للقانون قد شابه القصور في التسبيب " (الطعن رقم ٨٣٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)

- أساس القوة الملزمة للعرف : تعدد الآراء في بحث أساس القوى الملزمة للعرف ، فمنها ما يرد القوة الملزمة للعرف الى إرادة المشرع الضمنية ، لأنه يرضى عن قيام العرف ولا يعترض على تطبيقه ، وفي هذا إقرار ضمني له (حسن كيرة بند ١٦١) ومنها ما يرد القوة الملزمة للعرف الى الضمير الجماعي ، لأن القانون ينشأ ويتطور آليا في ضمير الجماعية ، ومنها ما يذهب الى إقامة القوة الملزمة للعرف على أساس تطبيق المحاكم له مدة طويلة ، لأن قضاء المحاكم يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة إلزامية ، وأن العرف يعتبر قانونا ، أى تنشأ عنه قواعد قانونية يتوافر لها الإلزام الذي يتعين به كل القواعد القانونية ، متى توافرت شروطه التي سبق بيانها ، ومع ذلك فإنه لا ينبغي أن نغفل الدور الذي يقوم به القضاء بالنسبة للعرف ، إذا كثيرا ما يمهد لتكوينه عن طريق استقرار أحكام المحاكم على نحو معين في مسألة واحدة ، وإن كان يراعى أن هذا الاستقرار لا ينشئ قاعدة عرفية ، ولكن قد ينشأ عن ذلك عرف ملزم متى جرى الأفراد في تنظيم أمور على تحو ما استقر عليه القضاء ، مع تولد الشعور عندهم بوجوب احترامه ، ومن ناحية أخرى فإن القضاء قد يعمل على تثبيت القواعد العرفية بعد توافر شروطها ، وذلك إذا ما طبق القاعدة واضطردت أحكامه على الأخذ بها ،

وهو بذلك لا ينشـــئ القاعدة العرفية ولكنه يدعم قاعدة موجودة " (انظر في كل ذلك حســـن كيرة بند ١٦١ ، مرقص ، مرجع ســـابق ، فرج ، مرجع ســـابق ، عبد الودود يحيى ، مرجع سابق)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " قواعد القانون الدولي المنشئة في العرف الدولي والواجبة التطبيق باعتبارها مندمجة في القانون الداخلي لمصر فيما لا إخلال فيه بنصوص ، وإن استقرت على أن الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما ينبني عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى إلا أنه لما كانت الحصانة غير مطلقة وإنما تقتصر على الأعمال التي تباشرها الدولة الأجنبية بما لها من سيادة فلا يندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات مما تنحسر عنه هذه الحصانة " (الطعون أرقام ١٤٦٨ ، ١٤١٢ ، ١٤٩٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/٤/٢٩)

- ويجب على الأفراد إثبات العرف أمام محكمة الموضـــوع ولا يجوز التحدي بالعرف لأول مرة أمام محكمة النقض ، وقد قضـــت محكمة النقض بأن " تحري العرف في ذاته والتثبيت من قيامه – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – من أمور الموضـــوع التي لا تخضـــع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد قاضـــي الموضـــوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده وهذا يقتضـي التمسك به أمام محكمة الموضـوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه ، وإذ يبين من الأوراق أن الطاعن لم يدع قيان عرف أمام محكمة الموضـوع فيما يثيره بسـبب النعى ، فإن النعى على الحكم بمخالفة العرف الجاري يكون في غير محله " (الطعن رقم ٥٧٢ لسـنة ٤٠ق جلسـة ١٩٧٥/٥/٢٧) وبأنه " متى كان الطاعن لم يدع أمام محكمة الموضـوع بوجود عرف يمنع أن يتقاضـى ابن فوائد من والدته وشـقيقته فإنه لا يجوز التحدي بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٤٤٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٥/٢/٥) وبأنه " لما كان من المقرر في قضـــاء هذه المحكمة – أن تجرى العرف في ذاته والتثبت من قيامه من أمور الموضوع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده ، وهذا يقتضي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه ، وإذ يبين من الأوراق أن الطاعن لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف يمنع تقاضـي بائع الوحدة السـكنية لفوائد عن الثمن المؤجل فإنه لا يجوز التحدي بهذا العرف لأول مرة أمـام محكمـة النقض " (الطعن رقم ١٨٠٦ ، ١٨٤٥ لســنـة ٦٥ق جلســة ١٩٩٠/١/٢٨) وبأنه " إذ كان البنك الطاعن قد تمسك بدفاعه أمام محكمة الاستئناف أن عقود التسـليف بضـمان توريد الأقطان هى عقود من نوع خاص يحكمها العرف التجاري دون أن يقدم الدليل على قيام هذا العرف التجاري الذي يحكم تلك العقود ومدى تأثيره في الفصـل في

النزاع فإن النعى يكون عاريا عن الدليل "(الطعن رقم ٦٢٤ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٤)
إلا أن الفقه والشــراح قد ذهبوا عكس ما ذهبت إليه محكمة النقض في أن العرف كالقاعدة القانونية لا يلزم أصحاب الشأن بإثباته إذا يفترض علم الكافة والقاضي بها . (انظر توفيق فرج ، مرجع سابق ، كيرة بند ١٦١ ، مرقص بند ١٥٣)

- رقابة محكمة النقض على العرف : ذهبت محكمة النقض للتفريق بين العرف وبين أعماله فذهبت إلى أن العرف يجب على الأفراد التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض . أما بالنسبة لأعمال العرف فإنه يعد مسألة قانون يخضع فيه قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن " التحقق من توافر شرائط العرف متروك لقاضي الموضوع ، وإذ يحقق الحكم المطعون فيه من عدم توافر شرط الاستمرار في أداء المنح حتى استقرت عرفا وأصبحت جزءا لا يتجزأ من الأجر عملا بأحكام الفقرة الثالثة من كل من المادتين ٦٨٣ من القانون المدني والثالثة من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ وذلك بأسباب سائغة مستمدة من تقرير الخبير وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٧) وبأنه " العادات التجارية تعتبر من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بأمر التثبت من قيامها وتفسيرها كما أن تجري العرف في ذاته والتثبت من قيامه من أمور الموضوع أيضا التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده وهذا يقتضي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه . فإذا كان الطاعن لم يقدم إلى محكمة النقض ما يدل على سبق تمسكه بقيام عرف أو عادة تجارية بتجميد الفوائد بعد إقفال الحساب الجاري فإنه لا يجوز له التحدي بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣) وبأنه " على ما يدعى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها وإثبات أن المتعاقدين كليهما قصدا الالتزام بها وإتباعها " (الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/٢٦) وبأنه " متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضي بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقا على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تتثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضي باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا مما يوجب نقضه " (الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١) وبأنه " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه وإن كان التثبت من قيام العرف متروكا لقاضي الموضوع – إلا أنه لا يعفى من بيان دليله على قيامه والمصدر

الذي اســتقى منه ذلك إذا نازع أحد لخصــوم في وجوده ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر بوجود عرف يقضي بأن يكون المؤجل من أتعاب المحامين معادلا للمعجل منها دون أن يذكر دليله على وجوده أو المصـــدر الذي اســتقى منه ذلك رغم أن الطاعن قد أنكر وجود هذا العرف ، يكون قد خالف القانون "(الطعن رقم ٥٣٥ لســنة ٣٤ق جلســة ١٩٦٩/١٢/٢٥) وبأنه " تعتبر العادات التجارية من مسائل الواقع التي يترك أمر التثبت منها لقاضـي الموضـوع ، فإذا كانت الطاعنة لم تقدم ما يفيد سبق تمسكها أمام محكمة الموضوع بما يستدل منه على قيام عرف تجاري باحتساب سـعر الفوائد التعويضـية بواقع ٦٠٥% إذا لم يتفق الطرفان على تحديدها فإنه لا يجوز إثارة هذه المسألة لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢) وبأنه " قرار وزير الإسكان ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ الصـادر نفاذا للمادة ٢٧ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وعلى ما اسـتقر عليه قضـاء هذه المحكمة .... قد اقتصـر على إيراد المصـايف التي جدت حديثا بمحافظة الإسكندرية في مناطق أبي قير والمعمورة وحدائق المنتزه والساحل الشمالي دون إلغاء العرف الذي اسـتقر وجرى مجرى القانون على إباحة التأجير من الباطن مفروشـا خلال موسـم الصـيف في مدينة الإسـكندرية بأكملها . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أجاز التأجير من الباطن في فترة الصيف بمدينة الإسكندرية بما فيها المنطقة بين محطة الرمل وسراى المنتزه والتي تقع بها عين النزاع فإن النعى على الحكم بهذا الســبب يكون غير صـــحيح " (الطعن رقم ٩٩٣ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١)

- دور العرف في القانون المدني : يلعب العرف دورا محدودا لأن التشـــريع قد بلغ في هذا النطاق درجة كبيرة من الإحاطة والشمول ، ومع ذلك فهناك أمثلة في هذا الصدد ، منا القاعدة التي تضع قرينة على أن أثاث المنزل يعد مملوكا للزوجة المسلمة في مصر حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، إذ جرت العادة على أن تأتي الزوجة الى منزل الزوجية بالمنقولات اللازمة لتأثيث المنزل ، ومن ذلك أيضـا ما جرى عليه العرف في بعض مناطق الوجه القبلي من قيام الأقارب والأصـــدقاء بالمعاونة في الأفراح والمآتم عن طريق تقديم المال والهدايا ، على أن ترد هذه الأموال والهدايا في المناسبات المماثلة ، وقد حكم القضاء فعلا بمقتضى هذا العرف وقرر بأن المهدى في مثل تلك المناســبات أن يلزم أن يرد له مثيل هديته إذا وجد في نفس الظروف ، ومن القواعد التي يجرى عليها العرف كذلك تقديم الزوجة الى الزوج بـائنـة (دوطة) للانتفاع بغلتها في تحمل أعباء الزوجية ، ويكون ذلك باتفاق يتم بين الطرفين وهو اتفاق مالي يخضـــع للقواعد العامة ، ولما يتفق عليه بينهما وللعرف الجاري بين الطائفة التي ينتمي إليها الزوجان . (توفيق فرج ، مرجع ســابق ، الســنهوري ، مرجع ســابق ، مرقص ، مرجع سابق)

ثالثاً : مبادئ الشـــريعة الإســـلامية : المادة الأولى من القانون المدني المصـــري جعلت من مبادئ الشريعة الإ سلامية مصدرا ر سميا احتياطيا يل العرف في المرتبة ، إذ نصت على أنه " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشـــريعة الإســـلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضـــى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " ، ومعنى ذلك أنه عند عدم وجود نص في التشريع فإن القاضي يبدأ أولاً بالبحث عما إذا كان هناك عرف يحكم النزاع ، فإن لم يجد انتقل الى المصـــــدر الاحتياطي الثاني وهو مبادئ الشـــريعة الإسلامية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية هنا ينبغي أن يفرق بينها وبين الدين كمصدر أصلي ، فقد رأينا أن الدين يعتبر مصـــدرا أصـــليا من مصـــادر القانون في نطاق محدود ، هو نطاق الأحوال الشخصية ، سواء تعلق الأمر بالمسلمين أو بغير المسلمين ، والقواعد التي تطبق بالنسبة للمسلمين مستمدة من الشريعة الإسلامية ، ولكن الشريعة الإسلامية في هذا الصدد يقتصر تطبيقها على مسائل الأحوال الشخصية فقط بالنسبة للمسلمين ، أو بالنسبة لغير المسلمين إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعتهم الدينية في مسائل الأحوال الشخصية ، على النحو الذي بيناه من قبل ، والشريعة الإسلامية على هذا النحو تختلف عن مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي يلي العرف في المرتبة ، اختلافا أساسيا . ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي إنما هى مصدر عام من مصادر القانون تنطبق أحكامه على الجميع من مسلمين وغير مسلمين بصفة عامة ، وفي غير نطاق المسائل المعتبرة من الأحوال الشخصية .

- مبادئ الشـــريعة الإســـلامية مصـــدراً رســـمياً : الواقع أن اعتبار مبادئ الشـــريعة الإســـلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون يعد تجديدا في القانون المصري من الإصلاح القضائي في القرن الماضـــي ، ولم يكن المشـــروع التمهيدي للقانون المدني يذكر مبادئ الشـــريعة الإسلامية على اعتبار أنها مصدر رسمي من مصادر القانون ، ولكنه كان يشير إليها على اعتبار أنها مصدر من المصادر التي يستأنس بها القاضي فقط ، كما يستأنس بالفقه والقضاء ، دون أن يكون لأى منها قوة في الإلزام . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، مرجع سابق) هذا عن المرحلة الأولى من تاريخ نص المادة الأولى من القانون المدني ، وفي المرحلة الثانية من تاريخ النص رأت لجنة المراجعة أن ترتقي بمبادئ الشريعة الإسلامية عن طريق جعلها مصدرا رسميا ملزما ووضعها في الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، حتى يجد النص مجالا عند التطبيق ، ولهذا جاء نص الفقرة الثانية من المادة الأولى على النحو التالي " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ، دون تقيد بمذهب معين . فإذا لم يوجد فبمقتضـــى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " ، وواضـــح من هذا

النص أن مبادئ الشـريعة الإسـلامية قد أصـبحت مصـدرا رسـميا احتياطيا يلي العرف في المرتبة ، ولم تعد مصــدرا لمجرد الاســتئناس وغير ملزم ، كما كان الحال في النص الأول للمشــرع التمهيدي ، ولكن لجنة القانون المدين بمجلس الشــيوخ أثارت نقاشــا حول هذا الموضــوع ، إذ اعترض أحد الأعضــاء على حكم الإحالة على مبادئ الشــريعة دون تقيد بمذهب معين ، قائلا إن ذلك يحدث اضطرابا بين الأحكام لاختلاف المذاهب ، وقد أيده عضو آخر وأضاف أنه يقترح الإحالة على مبادئ الشريعة بغير قيد ــ واقترح حذف عبارة (الأكثر ملائمة لنصــوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين) ، لأن جوهر الشـريعة لا خلاف فيه ، وبعد مناقشات حول الموضوع ، انتهى الأمر الى حذف العبارة السابقة وصدر النص بوضعه الحالي يجعل (مبادئ الشريعة الإسلامية) مصدرا رسميا احتياطيا يلي العرف في المرتبة ، وقد حاء في تقرير اللجنة بمناسـبة حذف عبارة (الأكثر ملائمة لنصـوص هذا القانون ، دون التقيد بمذهب معين) أن حكمها مفهوم في حدود فكرة الملائمة ولم تر اللجنة محلا للإشــارة الى عدم التقيد بمذهب ، باعتبار أن الرجوع ســيكون الى المبادئ وهى لا تختلف باختلاف المذاهب . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص١٩٠ وما بعدها) نخلص مما سبق الى أن مبادئ الشريعة الإسلامية قد صارت في القانون المصري مصدرا رسميا احتياطيا ، في المرتبة التالية للعرف ، وهى على هذا الاعتبار تطبق بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين ، في جميع المسائل ، إلا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية على التحديد السابق بيانه ، حيث يطبق الدين باعتباره مصدرا رسميا اصليا في هذا النطاق الخاص بالأحوال الشخصية ، على أنه ينبغي أن يراعى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية إنما هى المبادئ العامة أو المبادئ الكلية دون التفصيلات ، في المذاهب المختلفة ، وهى لا تختلف من مذهب الى آخر .

وقد قضـت محكمة النقض بالنسـبة للأحوال الشـخصـية للمسـلمين بأن " إذ كان الراجح في مذهب الحنفية – وهو رأى الصــاحبين وجمهور الفقهاء – أن تبرع الواقف بريع وقفه لازم وأن الموقوف عليه يستحق نصيبه منه على سبيل التبرع اللازم فلا يسوغ منعه عنه أو صرفه الى غيره إلا طبقا لكتاب الوقف ويحق له المطالبة به إذا لم يؤده إليه الوقف أو ناظر الوقف ، إلا أن المشـرع لدى تقنينه أحكام الوقف بالقانون رقم ٤٨ لسـنة ١٩٤٦ أخذ برأى الإمام أبو حنيفة القائم عدم لزوم الوقف باعتباره من قبيل التبرع غير اللازم شأنه في ذلك شأن الإعارة التي يجوز فيها رجوع المعير عن التبرع بمنفعة العارية في أى وقت شــاء فمنح الواقف بموجب المادة ١١ منه الحق في أن يرجع عن وقفه كله أو بعضه وان يغير في مصارفه وشروطه فيما عدا وقف المسجد ولكنه لم يتعرض لحكم الوقف بعد موت الواقف ومن ثم بقى لازما كما كان منق بل وفق الراجح

في المذهب " (الطعن رقم ١٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٤/٢١) وبأنه " فقهاء الشريعة الإسلامية – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – وإن لم يجمعوا على الأخذ بمبدأ حجية الأحكام على إطلاقه إلا أنه بإمعان النظر في الاســتثناءات التي وردت عليه يتضــح أنها ليسـت في الواقع إلا وجوها لإعادة النظر في النزاع تقابل وجوه الطعن في الأحكام المقررة في القوانين الحديثة ومنها لائحة ترتيب المحاكم الشـرعية التي أفردت بابا خاصــا لطرق الطعن فيها وذلك فيما عدا حالة ما إذا خالف الحكم نصـــا في القرآن أو الســـنة أو خالف الإجماع فقد أوجبوا على القاضــــي إبطاله وإهدار ماله من حجية " (الطعن رقم ٦١ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩) وبأنه " دعوى الحسبة ، لا تقبل شرعا إلا فيما هو حق لله تعالى فيه غالبا باعتبار أن هذه الحقوق هى مما يجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها فمن رأى معروفا ظهر تركه أو منكرا ظهر فعله ، وجب عليه أن يتقدم الى القاضي بالدعوى أو يستعدى المحتسب أو والي المظلم ليقيم الدعوى . لما كان ذلك ، وكانت الدعوى الماثلة قد أقيمت ممن يدعى حقا في تركة المتوفاة .. واختصـــم فيها بين المال باعتبار أن المذكورة توفيت عن غير وارث ، وهو ادعاء لا ينطوي على مســاس بحق من حقوق الله تعالى أو بحق يغلب فيه حق الله تعالى ، إذ لا ترك فيه لمعروف أو فعل لمنكر فإنه لا على الحكم المطعون فيه إذ رفض قبول تدخل الطاعن في هذه الدعوى " (الطعن رقم ٢٤ لســنة ٥٠ق جلسـة ١٩٨١/١٢/١٠) وبأنه " المقرر في قضــاء هذه المحكمة أن مفاد المواد ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسـنة ١٩٥٥ و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشـرعية أن المشـرع فرق في الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل فأخضــــع إجراءات الإثبات لقانون المرافعات أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية " (الطعن رقم ٦١ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩) وبأنه " إذا خالفت المحكمة حكما من أحكام الشرع كان واجبا الأخذ به في الدعوى فإن حكمها يكون مخالفا للقانون متعينا نقضه " (الطعن رقم ٨٦ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/٤/٢٢)

وقد قضت أيضا في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين بأن " مناط تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين بالتطبيق للمادتين السادسة والسابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ هو اختلاف الطرفين في الملة أو الطائفة ، ولما كان البين من الأوراق أن المطعون عليه – المطلق – انضم إلى جماعة الادفنتست بعد أن كان يتبع كنيسة الإنجيليين الوطنيين وكلاهما من شيع المذهب البروتستانتي ، فإن ذلك لا يعد بذاته تغييرا للطائفة أو الملة يجيز له إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وفق الشريعة الإسلامية ، ويكون الحكم – المطعون فيه – إذ أقام قضاءه على سند من أن مجرد انتماء المطعون عليه لطائفة الادفنتست يجعله والطاعنة – المطلقة – التي لازالت تنتمي لطائفة الإنجيليين الوطنيين مختلفي الملة والطائفة قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم

٣١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٢/٦) وبأنه " الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها هى الواجبة التطبيق في مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين . منها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال التركة إليهم . م١/٨٧٥ مدني ، والمواد ١ ، ٢ ، ٤ من قانون المواريث ٧٧ لسنة ١٩٤٣" (الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٧/١/٢٨) وبأنه " الشرائع الخاصة أو الطائفية هى القواعد الدينية التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين الذين يدينون بدين سماوي وهى تطبق في مصر استنادا الى نظم قانونية تقوم على أساسها ، فإن الأصل أن هذه القواعد القانونية الوضعية بالإضافة الي المصادر الدينية هى التي تحكم علاقات المصريين غير المسلمين وتبين ما إذا كان الانتماء الى جماعة معينة يعتبر من قبيل تغيير العقيدة الدينية التي تسوغ تطبيق الشريعة الإسلامية أم أنه لا يفيده وأن تغييرا لم يحصل " (الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٨)

- وضع مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون : يثور الأمر حول وضع مبادئ الشريعة من المبادئ العامة للقانون ، وقد رأى البعض أن تقدم المبادئ العامة للقانون ، ولكن الواقع أنه لا يحب إطلاق هذا القول ، ذلك أن من المبادئ العامة للقانون ما يرد ضمن نصوص التشريع نفسه ، وفي هذه الحالة يتعين إعمال تلك المبادئ باعتبارها واردة في نص تشريعي ، ولا خلاف حول هذا وقد حرصت بعض القوانين العربية على أن تورد بعض هذه المبادئ في صدر القانون المدني ، وهذا هو الشأن بالنسبة للقانون المدني العراقي ، ومن جهة أخرى ، فإن من القواعد القانونية الأساسية ، والتي لها صفة العمومية ، بحيث تنطبق في مجالات شتى ما توصف بأنها مبادئ عامة ، كما هو الشأن في القاعدة التي تقضي بأن " كل خطأ سبب ضررا للغير ، يلزم من ارتكبه بالتعويض " ، وتلك التي تقضي بأن " العقد شريعة المتعاقدين " ، وما من شك في أننا في هذه الحالة وسابقتها نوجد أمام قواعد ذات مصدر تشريعي ، ومن جهة أخرى ، فإن من المبادئ العامة ما قد يسجل في قاعدة عرفية ، فقد يستقر العرف على قاعدة أو مبدأ من المبادئ المأثورة (maxime) أو (المرسلات القانونية) في هذه الحالة يكون المصدر هو العرف ، وهو مصدر يلي التشريع في المرتبة ، وعلى ذلك فإن كل ما يرد مدونا ضمن قواعد التشريع ، أو ما يستقر العرف على الأخذ به من المبادئ العامة ، يقدم على مبادئ الشريعة الإسلامية ، في ظل القانون المصري ، والقوانين التي حذت حذوه . أم إذا لم يرد المبدأ العام على هذا النحو ، فماذا يكون وضع الشريعة الإسلامية منه ؟ يبدو من موقف القانون المصري أنه يجعل مبادئ الشريعة في مركز أسبق من المبادئ العامة للقانون ، وهذا ما يتضح من الأعمال التحضيرية للقانون المدني بصدد المادة الأولى ، حيث تتجه النية الى إنزال المبادئ العامة للقانون ، أو القواعد الكلية ، منزلة القانون الطبيعي والعدالة ، حيث جعلهما المشرع

ملجأ أخيرا بعد استنفاد المصادر الأخرى ، بما فيها الشريعة الإسلامية ، وهذا يعني أن قصد المشرع المصري يتجه الى جعل المبادئ العامة للقانون في مرتبة ما يستخلصه القاضي عند إعماله مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وتبعا لذلك تأتي هذه المبادئ في مرتبة تالية لمبادئ الشريعة الإسلامية ، ومع ذلك فإن الالتجاء الى المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية قد لا يدع مجالا لأى مصدر تال يلجأ إليه بعدها . ذلك أن هذه الشريعة قد تضمنت من المبادئ العامة والأصول الكلية ما يسد الطرق على أية مصادر أخرى ، ولعل ما ورد بمقدمة (مجلة الأحكام العدلية) في المادة الثانية وما بعدها حتى المائة ، ما يكشف عن ذلك ، فقد وضعت في هذا المجال قواعد وأصول عامة واسعة النطاق ، منها ما تبنته نصوص تشريعية ، ومنها ما استقر عليه العرف ، ومنها ما يخرج عن هذا وذاك ، وفي هذه الحالة الأخيرة قد تختلط مبادئ الشرعية الإسلامية بالمبادئ العامة للقانون ، وفيما وراء ذلك ، وحيث لا يجد القاضي حكما في أحد المصادر السابقة ، بما فيها مبادئ الشريعة الإسلامية ، ويكون عليه أن يلجأ الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ن فإنه يمكن أن يطبق في هذا المجال المبادئ العامة في القانون ، على ما قدمنا وهذا ما جرى عليه القضاء المصري . (السنهوري ، مرجع سابق ، توفيق فرج ، مرجع سابق ، مرقص بند ١٣٨ ، الصدة ، مرجع سابق)

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " مناط اختصـــاص هيئة التحكيم وفقا لنص المادة ٩٣ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ هو قيام نزاع خاص بالعمل أو بشروطه بين واحد أو أكثر من أصحاب العمل وجميع عمالهم أو فريق منهم ، مفاد نص المادة ١/١٠٢ من ذات القانون أن هيئة التحكيم ملزمة أصـلا بتطبيق أحكام القوانين فيما يعرض عليها من منازعات بين أرباب الأعمال وعمالهم وأن لها بجانب هذا الأصل رخصة أجازها لها القانون هى أن تستند الى أحكام الشـــريعة الإســـلامية والعرف ومبادئ العدالة في إجابة العمال الى بعض مطالبهم التي لا ترتكن الى حقوق مقررة لهم في القانون وذلك وفقا للحالة الاقتصـــادية والاجتماعية العامة في المنطقة " (الطعن رقم ٢٠٦٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٩)

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن " الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا في خاصـــة العلاقات المدنية التي نشـــأت قبل إنشـــاء المحاكم الأهلية وفيما أحاله القانون عليها كالميراث والحكر وفي مسائل الأحوال الشخصية التي تعرض لها ولا تجد فيها ما يســـتدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصـــل في هذه المســـائل المحاكم الشـــرعية المختصة بصفة أصلية أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه في القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجاري ، فإنه يكون قانونا بذاته تطبقه المحتكم النظمية وتفسـره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الإسـلامي وعلى ذلك

فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث في هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أم لا ينتقل " (الطعن رقم ١٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١) وبأنه " القانون المدني قد نظم عقد الهبة تنظيما كاملا بالمواد ٤٨٦ – ٥٠٤ وإذ كان من المسلم كما جاء بمذكرته الإيضاحية أنه قد استمد الأحكام الموضوعية في الهبة من الشريعة الإسلامية فإن هذا لا يسوغ الخروج على النصوص التشريعية بدعوى اللجوء الى مصدرها مادامت واضحة الدلالة فيما يتناوله لفظها أو فحواها " (الطعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٨) وبأنه " لما كانت قواعد التحكيم الواردة في المواد من ٧ الى ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – سواء قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ أو بعد هذا التعديل – قد أخذت من مذهب الإمام مالك فإنه يجب الرجوع الى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكام فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليها ، وإذ كان هذا المذهب يشترط المذكورة في الحكام على اعتبار طريقهم هو الحكم وليس الشهادة و الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط وأن لم يرد له نص صريح في المادة السابعة بعد تعديلها بالقرار بقانون المشار إليه . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكاما في الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام فإن الحكم المطعون فيه إذ اتخذ من هذا التقرير سندا لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلا " (الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٦/٣/١١) وبأنه " النص في المادة الثانية من الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع . ليس واجب الإعمال بذاته وإنما هو دعوة للشارع بأن تكون هذه الشريعة المصدر الرئيسي فيما يضعه من قوانين ومن ثم فإن المناط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته في إفراغ مبادئها السمحاء في نصوص القوانين التي يلزم القضاء بأعمال أحكامها بدءا من التاريخ الذي تحدده السلطة الشرعية لسريانها ، والقول بغير ذلك يؤدي الى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية التي تتأبى مع حدود ولايته ، ويؤكد هذا النظر أنه لما كان الدستور المصري قد حدد السلطات الدستورية ووضح اختصاص كل منها وكان الفصل بين السلطات هو قوام النظام الدستوري مما لازمه أنه لا يجوز لإحداها أن تجاوز ما قرره الدستور باعتباره القانون الأسمى ، وكانت وظيفة السلطة القضائية وفق أحكامه تطبيق القوانين السارية فإنه يتعين عليها إعمال أحكامها ، وفضلا عن ذلك فإن المادة ١٩١ من الدستور تنص على أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور " ، ومن ثم فإنه لا مجال هنا للتحدي بأحكام الشريعة الإسلامية مادام أن السلطة التشريعية لم تقنن مبادئها في تشريع وضعي . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة الدستورية

العليا قد قضت بجلسة ١٩٨٥/٥/٤ برفض دعوى عدم دستورية نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني ونشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٦ ، وإذ جرى قضاء الحكم المطعون فيه رغم ذلك على تأييد الحكم المستأنف فيما انتهى إليه من إهدار لنص المادتين ٢٢٦ ، ٢٢٧ من القانون المدني لتعارضهما مع أحكام الشريعة الإسلامية التي اعتبرها الدستور مصدرا رئيسيا للتشريع ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/١/٨)

وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأن " أخذ الحكم بقاعدة شرعية دون نصوص القانون المدني بغير بيان للأسباب التي دعته للأخذ بها هى – يجعله بمثابة حكم غير مسبب ، ونقص الحكم في الأسباب ليت بنى عليها عائب له موجب لنقضه – فإذا كانت الدعوى تتحصل في مطالبة ورثة ناظر الوقف برد مبالغ مشغولة بها ذمته بمقتضى سندات فلا يجوز للمحكمة أن تطبق القاعدة الشرعية التي فحواها أنه إذا مات الناظر مجهلا غلة الوقف التي قبضها قبل وفاته فلا ضمان لجهة الوقف في تركته ، إذ أن الدعوى بهذا الوضع دعوى مدنية والناظر وكيل عن الوقف والمستحقين ، هذا فضلا عن أن القاعدة الشرعية التي طبقتها المحكمة لها شروط غير متوافرة في هذه الدعوى " (الطعن رقم ٢٥ لسنة ١ق جلسة ١٩٣١/١٢/٢٤) وبأنه " العقد محل النزاع في سنة ١٩٢٨ في ظل العمل والتقنين المدني القديم الذي خلت أحكامه من تنظيم خاص لحق الحكر ، فإنه يتعين الرجوع الى القواعد التي استقرت عليها الشريعة الإسلامية في شأن الحكر باعتبارها هى منشأ هذا النظام ، والتي كانت تجيز تحكير الوقف وغير الوقف على خلاف ما يقضي به التقنين المدني الحالي الذي ق صر الحكر على الأراضي الموقوفة وقد عرف الفقهاء الحكر بأنه عقد إيجار يبيح للمحتكر الانتفاع بالأرض المحكرة الى أجل غير محدد ، أو الى أجل طويل معين مقابل دفع أجر المثل المقرر على الأرض خالية ، وحق الحكر يخول للمحتكر الحق في الانتفاع بالأرض بكافة أوده الانتفاع وله حق القرار فيها بالبناء أو الغراس ، وللمحتكر أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرفات فله أن يبيعه أو يهبه ، أو يرتب عليه حق انتفاع ، وله أن يؤجره للغير ، وينتقل عنه بالميراث ، ومن المقرر في – قضاء هذه المحكمة – أن للمحتكر حق عيني تتحمله العين المحكرة في يد كل حائز لها ، ولذلك فلا محل لقياس حالته على حالة المستأجر صاحب الحق الشخصي الذي يقيم بناء على الأرض التي استأجرها ، ومفاد ما تقدم أن عقد الحكر يختلف عن عقد الإيجار في أمور جوهرية فهو ينشأ مؤبدا أو لمدة طويلة ، بينما الإيجار حق شخصي ينشأ لمدة مؤقتة ، والأجرة في الحكر هى أجرى المثل تزيد وتنقص تبعا لزيادة أو نقص أجرة المثل ، أما في عقد الإيجار فالأجرة ثابتة " (الطعن رقم ١٠٩٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٨)

رابعاً : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة : العدالة فقد قيل إنها شعور يختلف بحسب البلاد والأشخاص أكثر منها فكرة ثابتة محددة ، وهذا الشعور ، وإن خفف من عدم مرونة القانون في حالة معينة ، فإنه لا ينهض لإكمال نصوصه ، ولهذا الاقتراح استبعاد فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، على أن تستبدل بها فكرة أخرى إيجابية موضوعية ، وبعد مناقشات حول الموضوع اقترح أن تحل محلها فكرة أخرى هى المبادئ العامة المشتركة بين الدول ، هذه هى المرحلة الأولى التي مرت بها فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة وما انتهت إليه ، ولكن اللجنة التي بحثت الموضوع في البداية توقفت عن العمل ، وعند بحث الموضوع من جديد وضعت الصيغة الواردة في القانون الحالي ، وهى أن القاضي يرجع أخيرا الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقا على هذا النص " إن المشروع لم يشأ أن يجارى التقنين المدني السويسري فيأذن القاضي بأن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (فقرة ٢ من المادة ١) بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية ، مع أن عمله ينحصر في تطبيق هذه الأحكام فحسب ، ولم يشأ المشروع كذلك أن يحيل القاضي الى المبادئ العامة في قانون الدولة (م٣ من التقنين المدني الإيطالي الجديد) أو الى مبادئ القانون العامة فحسب (م١ من القانون الصيني) ، بل احتفظ بعبارتى القانون الطبيعي وقواعد العدالة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص١٨٨)

- المقصود بالإحالة الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة : ولمعرفة ما ترمي إليه عبارة (القانون الطبيعي وقواعد العدالة) صرحت المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد أن هذا لا يرد القاضي الى ضابط يقيني ، وإنما تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهى تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة ، لا عن تفكير ذاتي خاص ، فتحيله الى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة الى القانون الطبيعي وتارة الى العدالة ... كما بينت المذكرة الإيضاحية كذلك المجال الذي أعملت فيه فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة من قبل ، فقالت إنه في كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة في القانون المصري ، وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية ، بل وعمدت الى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع أو العرف ، وعلى هذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادئ العامة في القانون المصري فحسب وإنما استعان بهذه المبادئ ، كما استعان بغيرها ، متوخيا اختيار أصلح

القواعد وأكثرها ملائمة لطبيعة الأوضاع التي قصر القانون عن تنظيمها ، ومن هذا يتبين لنا أنه إذا كانت فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة قد دونت من قبل في نصوص تشريعية ، كما وأن المحاكم قد طبقتها ، كما بينت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، إلا أنه ينبغي أن نشير في هذا الصدد – كما هو واضح من المذكرة الإيضاحية – الى أن الإحالة الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا تمدنا بقواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الرسمية الأخرى ، والإحالة إليها لا تعني إلا إلزام القاضي أن يجتهد رأيه ، حتى يصل الى حسم النزاع المعروض عليه ، وحتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وينبغي أن يراعى في هذا الصدد ، أن على القاضي ، حينما يستوحى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة ، فلا يتأثر بأفكاره الذاتية . (توفيق فرج ، مرجع سابق ، مرقص ، مرجع سابق ، السنهوري ، مرجع سابق)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " وحيث إن الدستور قرن العدل بكثير من النصوص التي تضمنها ، ليكون قيدا على السلطة التشريعية في المسائل التي تناولتها هذه النصوص ، وأنه وإن خلا من تحديد لمعنى العدالة في تلك النصوص إلا أن المقصود بها ينبغي أن يتمثل فيما يكون حقا وواجبا سواء في علائق الأفراد فيما بينهم ، أو في نطاق صلاتهم بمجتمعهم ، بحيث يتم دوما تحديدها من منظور اجتماعي ، ذلك أن العدالة تتوخى – بمضمونها – التعبير عن القيم الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة ، ومن ثم فإن مفهومها قد يكون مطلقا ، ولكنها عملا – ومن زاوية نتائجها الواقعية – لا تعني شيئا ثابتا باطراد ، بل تتباين معانيها ، وتتموج توجهاتها ، تبعا لمعايير الضمير الاجتماعية ومستوياتهم ، ويتعين بالتالي أن توازن علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض ، بأوضاع مجتمعهم والمصالح التي يتوخاها من أجل التوصل الى وسائل علمية تكفل إسهام أكبر عدد من بينهم لضمان أكثر المصالح والقيم الاجتماعية تعبيرا عن النبض الاجتماعية لإرادتهم ، ليكون القانون طريقا لتوجههم الجمعي ، وحيث إن ما تقدم مؤداه ، أن العدالة – في غاياتها – لا تنفصل علاقاتها بالقانون باعتباره أداة تحقيقها ، فلا يكون القانون منصفا إلا إذا كان كافلا لأهدافها ، فإذا ما زاغ المشرع ببصره عنها ، وأهدر القيم الأصيلة التي تحتضنها ، كان منتهيا للتوافق في مجال تنفيذه ، ومسقطا كل قيمة لوجوده ، ومستوجبا تغييره أو إلغاءه ، ومن ثم فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن شرعية الجزاء – جنائيا كان أم تأديبيا أم مدنيا – لا يمكن ضمانها إلا إذا كان متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع أو منعها في غير ما غلو أو إفراط " (الدعوى رقم ٢١ لسنة ٢٠ق دستورية جلسة ٢٠٠٠/٦/٣) وبأنه " وحيث إن المدعى ينبغي على النص الطعين أمرين أولهما : أن قانون التأمينات الاجتماعية وإن توخى حماية المصالح التأمينية ـــ باعتبار أن الحصول على الموارد

اللازمة لكفالتها هدفا مقصودا منه ابتداء ، إلا أن هذه المصالح ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها إطارا مقيدا لنصوص هذا القانون ، فلا يكون الالتزام بأداء هذه الموارد متمحضا عقابا بما يخرجها عن بواعثها ويفقدها مقوماتها ، وثانيهما : أن الأصل في كل جزاء أن يكون متناسبا مع الأفعال التي نهى عنها المشرع وإلا كان مشوبا بالغلو ، كذلك فإن مؤدى مبدأ مساواة المواطنين في الأعباء ، والتكاليف العامة ، ألا يعامل المتراخون في توريد اشتراكات التأمين الاجتماعية وفق الأسس ذاتها التي يعامل بها الممتنعون عن سدادها أصلا ، وحيث إن الدستور حرص في المادة ١٧ منه على دعم التأمين الاجتماعية حين ناط بالدولة مد خدماتها في هذا المجال الى المواطنين في الحدود التي بينها القانون ، وذلك من خلال تقرير ما يعنيهم على مواجهة بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم باعتبار أن مظلة التأمين الاجتماعية – التي يحدد المشرع نطاقها – هى التي تكفل بمداها واقعا أفضل يؤمن المواطن في غده ، وينهض موجبات التضامن الاجتماعي التي قوم عليها المجتمع وفقا لنص المادة ٧ من الدستور ، بما مؤداه أن المزايا التأمينية ضرورة اجتماعية بقدر ما هى ضرورة اقتصادية ، وأن غايتها أن تمن المشمولين بها في مستقل أيامهم عند تقاعدهم ، وعجزهم ، أو مرضهم ، وأن تكفل الحقوق المتفرعة عنها لأسرهم بعد وفاتهم ، وحيث إن ضمان الرعاية التأمينية ، إنما يكون أصلا من خلال الدولة التزاما من جانبها بأن توفر لهذه الرعاية بيئتها وأسبابها وفقا لنص الدستور ، بيد أن التزامها بأن تكفل لمواطنيها ظروفا أفضل تتهيأ بها الهيئة التأمينية ما يقيمها – في نوعها ونطاقها – على أسس ترعى احتياجاتهم منها ، وتطورها ، لا يعني أن تنفرد وحدها بمتطلباتها ، ولا أن تتحمل دون غيرها بأعبائها ، وإلا كان ذلك تفويضا لركائز التضامن الاجتماعية التي يقوم مجتمعها عليها ، ومن ثم كان منطقيا أو يتضافر معها القادرون من مواطنيها في مجال النهوض بها ، وذلك من خلال إسهامهم في تمويل تكاليف هذه الرعاية عن طريق الاشتراكات التي يؤدونها ، على النحو المبين بالقانون ، ومن ثم فإن إسهام المواطنين في تكاليف الرعاية التأمينية هى واسطة الدولة لإيفاء الحقوق التأمينية المقررة للعاملين ، سواء كان ذلك أثناء خدمتهم كالتعويض عن إصابتهم ورعايتهم طبيا ، أو كان بعد انتهائها كتعويض الدفعة الواحدة أو المعاش ، ومن ثم تمثل هذه الإسهامات جانبا من الوعاء الذي توجهه الدولة – التي تقوم في التأمين الاجتماعي بدور المؤمن – الى المشمولين بأحكامه لضمان انتفاعهم بالحقوق التأمينية في الحدود التي بينها القانون ، وحيث إن بعض أرباب الأعمال قد يمازون في شأن حقيقة الأجور التي يتقاضاها عمالهم باعتبار أن مصلحتهم ينافيها أني قدموا للهيئة التي تقوم على شئون التأمين الاجتماعي ، بيانا دقيقا بتكلفة العمل ، ذلك أن أعبائهم التأمينية تتحدد على ضوء حصتهم التي يدفعونها إليها بعد خفضها الى أدنى حد ممكن ، بل والتحايل على التخلص منها كلية ، مما يحملهم على الإخلال بوعائها

سواء من خلال التقرير بأجور أقل من تلك التي يدفعونها فعلا للعمال الذين تعاقدوا معهم ، أو من خلال التقاعس عن الإدلاء بالبيانات الحقيقة عن عدد المؤمن عليهم ، أو التأخر في إيفاء الاشتراكات – أو غيرها من الالتزامات المالية – للهيئة التي تقوم على شئون التأمين الاجتماعي ، ليكون إلباس الحقيقة غير ثوبها محورا لبياناتهم ، مما يناقض مصالح العمال ، ويحول دون انتفاعهم بالخدمات التأمينية التي كان بجي تقديمها إليهم سواء في اصلها أو نطاقها إزاء قصور موارد الدولة اللازمة لإبقاء هذه الحقوق ، ومن ثم فقد بات منطقيا أني قابل المشرع هذا التقاعس من جانب أرباب الأعمال بجزاء ، يضمن الوفاء بحقيقة التزاماتهم المالية ، ويتعين – لضمان اتفاق هذا الجزاء مع الدستور – أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع وفاء للمصلحة العامة ، والوسائل التي اتخذها طريقا لبلوغها ، فلا تنفصل نصوصه القانونية عن أهدافها " (الدعوى رقم ٢١ لسنة ٢٠ق دستورية جلسة ٢٠٠٠/٦/٣)

وقضت أيضا المحكمة الدستورية بأن " وحيث أن مقتضى ما نص عليه الدستور في المادة ٧ من قيام المجتمع على أساس من التضامن الاجتماعية ، يعني وحدة الجماعة في بنيانها ، وتداخل مصالحها لا تصادمها ، وإمكان التوفيق بينها ومزاوجتها ببعض عند تزاحمها ، وترابط أفرادها فيما بينهم فلا يكون بعضهم لبعض إلا ظهيرا ، ولا يتناحرون طمعا ، وهم بذلك شركاء في مسئولتيهم عن حماية تلك المصالح ، لا يملكون التنصل منها أو التخلي عنها ، وليس لفريق منهم أن يتقدم على غيره انتهازا ، ولا أن ينال قدرا من الحقوق يكون بها – عدوانا – أكثر علوا ، وإنما تتضافر جهودهم وتتوافق توجهاتهم ، لتكون لهم الفرص ذاتها التي تقيم لمجتمعاتهم بنيانها الحق ، وتتهيأ معها تلك الحماية التي ينبغي أن يلوذ بها ضعفاؤهم ، ليجدوا في كنفها الأمن والاستقرار " (الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ق دستورية جلسة ٢٠٠٠/٣/٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان انتهاء الخصومة بغير حكم في الدعوى يرجع الى أسباب مختلفة نظم قانون المرافعات المصري بعضها كما في أحوال السقوط والانقضاء بمضى المدة والترك ، ولم ينظم البعض الآخر كما في حالة الصلح بين طرفى الخصومة وحالة وفاة الخصم أو غيره إذا كان النزاع مما ينتهي بالوفاة كما في دعاوى التطليق والطاعة والحضانة والضم ، وكان إغفال هذا التنظيم يعد نقصا تشريعيا يوجب على القاضي تكملته بالالتجاء الى المصادر التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني ومنها قواعد العدالة ، فإن الحل العادل في حالة حسم المنازعة صلحا أن يقضي فيها بانتهاء الخصومة " (الطعن رقم ٤٨٣ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٢/١١/٣٠) وبأنه " لا يعيب الحكم استناده في تفسير القانون الى قواعد المنطق والعدالة بما لا يخالف حكم القانون واستشهاده في ذلك بقرارات لهيئة التحكيم رأى أنها تتفق وذلك التفسير الصحيح " (الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٢/١/١) وبأنه " لما كان القاضي

وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني لا يحكم بمقتضـــى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إلا إذا لم يوجد نص تشـــريعي أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشـــريعة الإسلامية يمكن تطبيقها . لما كان ذلك ، وكان القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد رتب البطلان المطلق على بيع الأرض الناشئة عن تقسيم لم يصدر قرار باعتماده وهو بطلان يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، ومن ثم فلا يقبل التحدي بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في هذا الخصوص . لما كان ذلك ، وكانت العبرة في تحديد طلبات الخصـــم هى بما يطلب الحكم له به وإذا كانت مورثة الطاعن لم تطلب من محكمة الموضـــوع إلزام المطعون عليه الأول رد الثمن الذي دفعته فلا على الحكم إذ لم يعرض لذلك " (الطعن رقم ١١٧٢ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/١٨)

﴿ المـــــادة ٢ ﴾

لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع .

﴿ التعليـــــق ﴾

هذا النص يقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢ من التقنين المدني السوري ، والمادة ٢ من التقنين المدني الليبي ، والمادة ١١ من التقنين المدني السوداني.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن " الأصل في نسخ التشريع أن يتم بنص ريح يتضمنه تشريع لاحق ، وهذا هو النسخ الصريح ، إلا أن النسخ قد يكون ضمنيا ، وللنسخ الضمني صورتان : فإما أن يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضا تاما مع التشريع القديم وفي هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التي يتحقق فيها التعارض ، وإما أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعها من الأوضاع أفرد له تشريع سابق ، وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه ، وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق .

﴿ الشـــــرح ﴾

- المقصود بإلغاء القاعدة القانونية : يقصد بإلغاء القاعدة القانونية وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة ، وقد يحصل هذا الإلغاء بأن يستبدل بالقاعدة القانونية قاعدة أخرى جديدة تحل محلها ، وقد يكون ذلك بالاستغناء عنها نهائيا دون إحلال قاعدة أخرى محلها ، ولا يقتصــر

الإلغاء على القواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع ، بل إنه يكون بالنسبة للقواعد القانونية بصفة عامة أيا كان مصدرها ، ولهذا فإن المصدر الذي تلغى القاعدة القانونية عن طريقه يختلف باختلاف المصدر الذي استمدت منه هذه القاعدة ، ومن جهة أخرى تختلف الطريقة التي تتبع في إلغاء القاعدة القانونية بحسب ما إذا كان إلغاء صريحا أو إلغاء ضمنيا . (توفيق فرج ، مرجع سابق)

- السلطة التي تملك الإلغاء : القاعدة في هذا الصدد أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هى السلطة التي تملك إنشائها ، أو سلطة أعلى منها ، وقد سبق أن رأينا أن القواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع ، ويليها في المرتبة القواعد العرفية ، ثم تجئ بعد ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية ، ويترتب على هذا التدرج بين القواعد القانونية أن القواعد التشريعية لا تلغى إلا بقواعد تشريعية أخرى ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢ من القانون المدني المصري ، فقررت أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ...." ، ولما كانت القواعد التشريعية تختلف فيما بينها من حيث قوتها ، إذ أنها على درجات ثلاث ، أعلاها التشريع الأساسي أو الدستور ، ويليه التشريع العادي ، ثم التشريع الفرعي في نهاية التدرج ، فإنه يترتب على ذلك أن التشريع لا يلغيه إلا تشريع من نفس درجته أو أعلى منه ، ولهذا فإن التشريع الأساسي (الدستور) لا يلغى إلا بتشريع أساسي مثله ، والتشريع العادي لا يلغي إلا بتشريع عادي أو بتشريع أساسي ، والتشريع الفرعي لا يلغي إلا بتشريع فرعي مقله أو بتشريع عادي أو أساسي ، هذا بالنسبة للقواعد التشريعية فيما بينها ، أما في صلة التشريع بصفة عامة ، بالمصادر التالية له في المرتبة ، فإنه يراعى التدرج فيما بينها كذلك ، ولهذا فإن التشريع لا يلغيه العرف ، لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع ، وهذا ما يدل عليه نص المادة ٢ سالف الذكر ، فالنص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر ، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق ، كما جاء في المذكرة الإيضاحية بشأن المادة ٢ وتبعا لذلك فإنه لا يمكن إلغاء التشريع عن طريق إهمال تطبيقه مدة طويلة ، لأن إهمال التشريع وعدم تطبيقه مدة طويلة يكون عرفا سلبيا بعدم الاستعمال ، والعرف كما قلنا ، لا يملك إلغاء التشريع ، وإذا كان العرف لا يلغى التشريع على النحو السابق ، فإن التشريع يلغي العرف لأنه أسمى منه في المرتبة ، كما أن العرف يلغى بعرف آخر مخالف له ، ويراعى أن التشريع يلغى كل القواعد القانونية الأخرى التالية له في المرتبة أيا كان مصدرها ، كما أن العرف يلغى القواعد الأخرى التالية له في المرتبة ، وهكذا . (توفيق فرج ، مرجع سابق ، سليمان مرقص ، مرجع سابق ، الصدة ، مرجع سابق ، السنهوري ، مرجع سابق)

وقد قضــت محكمة النقض بأن " من المقرر أنه لا يجوز إلغاء نص تشـريعي إلا بتشـريع لاحق بنص صـراحة على هذا الإلغاء أو يشـتمل على نص يتعارض مع نص التشـريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، وإذ كان البين مما جاء بديباجة الاتفاقية الدولية للمخدرات الموقعة في نيويورك بتاريخ ٣٠ من مارس سـنة ١٩٦١ التي صـدر القرار الجمهوري رقم ١٧٦٤ لسـنة ١٩٦٦ في ٢ مايو سـنة ١٩٦٦ بالموافقة عليها أن غايتها قصـر اسـتعمال المخدرات على الأغراض الطبية والعلمية وقيام تعاون ومراقبة دوليين دائمين لتحقيق تلك الغاية ، وكان البين من استقراء نصوص الاتفاقية وأخصها المادة الثانية – في دعوتها لبذل غاية جهدها لتطبيق إجراءات الإشـراف الممكنة على المواد التي لا تتناولها الاتفاقية واليت قد تسـتعمل مع ذلك في صـنع المخدرات غير المشـروع – والفقرة الأخيرة من المادة السـادسـة والثلاثين فيها نصـت عليه من أن " لا تتضـمن هذه المادة أى حكم يخل مبدأ تعريف الجرائم التي تنص عليها ومحاكمة مرتكبيها ومعاقبتهم وفقا للقوانين المحلية في الدول الأطراف المعنية " ، فإن هذه الاتفاقية لا تعدو مجرد دعوة الى الدول بصـفتها أشـخاص القانون الدولي العام الى القيام بعمل منسق لضمان فاعلية التدابير المتخذة ضد إساءة استعمال المخدرات لأن الاتفاقية لم تلغ أو تعدل – صراحة أو ضمنا – أحكام قوانين المخدرات المعمول بها في الدول التي تنضم إليها ، بل لقد حرصـت على الإفصـاح عن عدم إخلال أحكامها بأحكام القوانين المحلية في الدول الأطراف المعنية ، وإذا كانت المادة ٣٢ من القانون رقم ١٨٢ لسـنة ١٩٦٠ قد خولت الوزير المختص بقرار يصـدره أن يعدل في الجداول الملحقة به بالحذف وبالإضـافة أو بتغيير النسـب الواردة فيها فإن عدم صـدور قرار بشـيء من ذلك بعد العمل بتلك الاتفاقية يعني أن الشـارع المصـري لم يرد الخروج عن تعريف المواد المخدرة الواردة بتلك الجداول " (الطعن رقم ١٦٢٧ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٢/٣/٦) وبأنه " اقتضـاء المؤجر مبالغ من المسـتأجر خارجة عن نطاق عقد الإيجار كخلو الرجل أو ما يماثله يعد فعلا مؤثما وفقا لحكم الفقرة الثانية من المادة ١٦ من القانون رقم ١٢١ لسـنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسـنة ١٩٦٢ في شـأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمسـتأجرين وهو نص عام مطلق ينطبق على جميع الأفعال التي تقع بالمخالفة له أيا كان تاريخ إنشـاء المبنى موضـوع الإيجار وهو مسـتقل في حكمه عن الأحكام الخاصـة بتقدير الأجرة وتحديدها للمباني المختلفة وتجريم ما أمرت به أو نهت عنه لاسـتقلال جريمة الخلو عن جرائم التلاعب بالأجرة والأصل أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساو له في الدرجة ينص صـراحة على ذلك أو يتعارض معه في الحكم الأمر غير المحقق بين نصـوص جريمـة خلو الرجـل والتلاعـب في أجرة المسـكن " (الطعن رقم ١٩ لسـنـة ٤١ق جلسـة ١٩٧١/٣/٢٩) وبأنه " إذا كان المقصود بإلغاء التشريع ونسخه هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني

آخر متأخر عنه بما يترتب عليه إبطال العمل بالتشـــريع الأول وتجريده من قوته الملزمة ، وكان المقرر في قضــاء هذه المحكمة أن يتم ذلك بتشـريع لاحق يني على الإلغاء صـراحة أو يدل عليه ضمنا بأن يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد المو ضوع الذي سبق أن قرر قواعده وكان من الجائز أن يتم إلغاء التشــريع إما عن طريق اســتبدال نصــوص أخرى بنصو صه أو بالاقتصار على إبطال مفعوله دون سن تشريع جديد ، بمعنى أنه لا يلزم أن يشتمل النص الناســخ على بديل للحكم المنســوخ ، وكان ما تقضــي به الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات المضـــافة بموجب القانون رقم ١٢٦ لســنة ١٩٥١ – قبل وبعد تعديلها بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ – من أن ميعاد الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية ثمانية عشر يوما قد صــار إلغاؤها صــراحة بموجب المادة الأولى من مواد إصــدار القانون رقم ٥٧ لســنة ١٩٥٩ في شـــأن حالات وإجراءات الطعن أمام النقض وقررت المادة ٢٩ منه إزالة التفرقة في ميعاد الطعن بالنقض وفي إجراءاته بين المسائل المدنية والتجارية وبين مواد الأحوال الشخصية ، وكان ما جرت به الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الســلطة القضــائية رقم ٤٣ لســنة ١٩٦٥ من العودة الى الأحكام المنظمة للطعن بطريق النقض التي كان معمولا بها قبل صـــدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ الذي جعل ميعاد الطعن بالنقض في كافة المواد المدنية والتجارية يدل على أن الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات ظلت منسـوخة ضـمنا اعتبارا بوجود تعارض بين نصين وردا على محل واحد مما يستحيل معه إعمالها معا فيعتبر النص الجديد ناسخا للنص القديم وملغيا له . لما كان ذلك ، وكان بقاء المادة ٨٨١ من قانون المرافعات بمقتضى المادة الأولى من مواد إصدار قانون المرافعات القائم لا يستطيل الى الفقرة الأولى منها لأنه لم يمن لها وجود عند صدوره إذ ظلت هذه الفقرة منسوخة بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ على نحو ما سلف ، وبقى ميعاد الطعن بالنقض في كافة المسائل ومن بينها مواد الأحوال الشخصية موحدا . لما كان ما تقدم ، وكان إلغاء القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ وتعديلاته بموجب قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لســنة ١٩٧٢ ليس من شــأنه أن يبعث من جديد نص الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات الملغاة طالما لم ينص المشـرع صـراحة على العودة إليها ، وكان مفاد المادة ٨٦٨ من قـانون المرافعـات الواردة في الكتـاب الرابع الخـاص بـالإجراءات المتعلقـة بمســـائـل الأحوال الشخصية والتي استبقاها قانون المرافعات الحالي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية تحكمه القواعد العامة المقررة في قانون المرافعات فيما لا يتعارض مع النصــوص الواردة بالكتاب الرابع ، وكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات تنص على أن ميعاد الطعن بالنقض ســتون يوما ، فإن هذه المادة هى التي تحكم ميعاد الطعن بالنقض في مســائل الأحوال الشـــخصـــية كما هو الحال في ســائر المواد المدنية

والتجارية " (الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٥/١١/٥) وبأنه " إذ نصت المادة الثانية من القانون المدني على أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " ، وكان القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٤ لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٤ ، وقد اختلف مجال تطبيق أحكام كل منهما ، وليس ثمة تعارض بين أحكامهما ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ذهب في أسبابه الى أن القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٤ قد ألغى القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٤ الصادر بالتيسير على صغار الزراع المشترين للأراضي الزراعية ممن صودرت أموالهم وذلك بإعادة تقسيط ما لم يؤد من الثمن على عشر سنوات أخرى بفائدة قدرها ٣% سنويا ، فحجب نفسه عن إعمال الآثار التي يرتبها هذا القانون على واقعة الدعوى ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/١٣)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن " ما أجازته المادة ٢٢١ من قانون المرافعات من استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم لا يعتبر استثناء من حكم المادة ٢٦ من القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر – والذي صدر الحكم الابتدائي في ظل أحكامها قبل تعديلها بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ - والتي لا يجيز الطعن في الحكم الصادر في التظلم من أمر تقدير الرسوم التكميلية لأن هذا القانون تشريع خاص تضمن النص على نهائية هذا الحكم في خصوص تقدير الرسم بما يعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات فلا سبيل الى إلغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء ، كما لا يستفاد هذا الإلغاء من نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات والصادر برقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ذلك بأن النص العام لا يلغى ضمنا النص الوارد في قانون خاص ، ومن ثم فلا مجال لإعمال حكم المادة ٢٢١ آنفة البيان على الأحكام الصادرة في التظلم من أوامر التقدير طبقا لنص المادة ٢٦ المشار إليها وتظل كما وردت بنصها غير قابلة للطعن " (نقض ١٩٦٦/١/١١ طعن ١٥٩٦ س٦١ق ، نقض ١٩٩٤/١١/٣ طعن ١٢٧٣ س٦٠ق) وبأنه " لما كان الدستور هو القانون الوضعي الرسمي صاحب الصدارة فكان على ما دونه من التشريعات النزول على أحكامه فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، وكان التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا وكان إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحال قد نسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه . لما كان ذلك ، وكان النص في المادة ٥٧ من الدستور المعمول به في ١٩٧١/٩/١١ على أنه " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو

حرمة الحياة الخاصـــة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدســـتور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء " ، مفاده أن الاعتداء الذي منع الدســـتور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها أو المساس بها في غير الحالات التي يقرها القانون كجرائم الاعتداء على الحرية التي يرتكبها المسـئولون في سـلطة الدولة اعتمادا عليها ويدخل في نطاقها الجريمة المعاقب عليها بالمادة ١٢٦ من قانون العقوبات والتي تنص على أنه " كل موظف أو مســـتخدم عمومي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفســـه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشـــغال الشاقة و السجن من ثلاث سنوات الى عشرة وإذا مات المجني عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمدا ، وكان الحكم الصادر من محكمة أول درجة والمؤيد بالحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم بالنسبة لدعوى المطعون ضده قد وقف سريانه منذ وقوع التعذيب والاعتداء على حرية المطالب بالتعويض في ســـنة هذا الاعتداء لا تســـقط بالتقادم فإنه لا يكون قد خالف القانون لأنه أعمل الأثر المباشـــر لنص المادة ٥٧ من الدســـتور التي اعتبرت ملغية لنص المادة ١٧٢ من القانون المدني في صدد هذه الجرائم بقوة نفاذ الدستور دون حاجة إلى تدخل من المشرع ويكون النعى برمته على غير أســـاس مما يتعين معه رفض الطعن " (الطعن رقم ١٦٣٠ لســـنة ٤٨ق جلســـة ١٩٨٠/٣/١٣) وبأنه " ما نصـــت عليه المادة ١٩١ من الدســـتور من أن " كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدورها الدستور يبقى صحيحا ونافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدســـتور فحكمه لا ينصـــرف بداهة إلى التشـــريع الذي يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدســـتور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من المشـــرع " (الطعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٥)

كما قضت محكمة النقض بأن " إذ كان القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذي أضاف فقرة ثالثة للمادة ٦٨ من قانون المرافعات التي يجرى نصـــها على أن " ولا تعتبر الخصـــومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صـحيفتها الى المدعى عليه ما لم يحضـر بالجلسـة " ، قد عمل به اعتبارا من أول أكتوبر ســنة ١٩٩٢ وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أودع صــحيفة الاســتئناف قلم كتاب المحكمة في ١٩٩١/١/٢١ وحددت لنظره جلســة ١٩٩١/٦/٣ حضــر فيها وكيل المطعون ضده وتتابع حضوره بجلستى ١٩٩١/١٢/١ ، ١٩٩٢/٢/٣ دون إبداء طلبات ثم تقدم بجلسة ١٩٩٢/٥/٤ بمذكرة تمسك فيها ببطلان الإعلان بصحيفة الاستئناف لخلو الصورة المعلنة له من توقيع المحضر ، وكانت تلك الإجراءات جميعها قد تمت قبل العمل بالفقرة المضافة للمادة ٦٨ ســالفة الذكر بما مؤداه خضـــوعها لأحكام ذلك القانون قبل تعديله والذي انتهت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض في تطبيق أحكامه الى أنه إذا حضـر المدعى عليه

دون إعلان بالجلسة المحددة لنظر الدعوى وتنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في إعلانه بصحيفتها كأن أقر باستلام صورة منها أو تسلم هذه الصورة بالجلسة بغير اعتراض منه أو أبدى دفاعا في الموضوع أو طلب أجلا لإبدائه بما يدل على علمه اليقيني بموضوع الدعوى وبطلبات المدعى فيها وبمركزه القانوني كان ذلك كافيا لانعقاد الخصومة والمضى في نظر الدعوى دون ما حاجة الى إعلانه بها ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف لعدم انعقاد الخصومة فيه رغم حضور وكيل المطعون ضده أمام المحكمة في جلسات نظر الاستئناف ١٩٩١/٦/٣ ، ١٩٩١/١٢/١ ، ١٩٩٢/٢/٣ مما ينبئ عن علمه بموضوع الاستئناف وبطلبات المستأنف فيها وبمركزه القانوني وهو ما يتحقق به انعقاد الخصومة في الاستئناف بجلسة ١٩٩٢/٥/٤ ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وهو ما حجبه عن المضى في نظر الاستئناف والفصل في موضوعه مما يعيبه ويوجب نقضه " (الطعن رقم ١٨٩٩ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٠)

- الإلغاء الصريح : الإلغاء صريحا إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تقضي صراحة بهذا الإلغاء ، ولا يكون ذلك إلا بواسطة قاعدة تشريعية ينص فيها صراحة على إلغاء ، القاعدة السابقة ، مثل ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار القانون المدني المصري حيث جاء بها : " يلغى القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ ، ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون " ، فالقانون قد صرح في هذه الحالة بإلغاء قانون سبق وإحلال قانون آخر محله ، وهذه صورة أولى من صور الإلغاء الصريح ، ومثل ذلك أيضا ما أورده المشرع بصدد إلغاء قانون مجلس الدولة المصري وإحلال قانون آخر محله ، إذ نص القانون الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن " يستبدل بأحكام القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة ، القانون المرافق ، وتلغى جميع الأحكام المخالفة له " ، وقد يتحقق الإلغاء الصريح كذلك في صورة أخرى ، وهى الصورة التي ينص فيها على توقيت التشريع بمدة معينة ، أو ينص فيها على العمل بالتشريع الى أن يتحقق أمر معين ، والتشريع في هذه الحالة تشريع مؤقت temporaire إذ يصبح ملغيا إذا ما انقضت تلك المدة المعينة ، أو إذا ما تحقق هذا الأمر المعين ، مثل ذلك القوانين التي تصدر أثناء الحرب وينص فيها على أن يعمل بها مدة قيام الحرب فقط ، ففي هذه الحالة تنتهي تلك القوانين بانتهاء الحرب ، ومثل ذلك أيضا قوانين الإيجارات في لبنان ، غذ ينتهي العمل بها بانتهاء المدة التي يحددها القانون ، وهذا هو الشأن فيما نص عليه في قانون الإيجارات الذي صدر عام ١٩٦٧ إذ نص على أن تمدد ضمن

شـــروط هذا القانون حتى آخر كانون الأول ســـنة ١٩٦٩ الإيجارات المعقودة أو الممدة قبل صـدور هذا القانون ، والتي ستعقد خلال المدة المعينة لعمل به ، وقد مدد مفعول هذا القانون عدة مرات ونص في آخر تمديد له على أن يعمل به الى نهاية عام ١٩٧٣ ، حيث ينتهي العمل بالقانون في التاريخ المذكورة . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع ســابق ، الســـنهوري ، مرجع سابق)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " إلغاء النص التشـريعي الذي يتضـمن قاعدة عامة لا يتم - وعلى ما جرى به نص المادة الثانية من القانون المدني - إلا بتشـريع لاحق ينص صــراحة على الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، والمقصود بالتعارض في هذا الخصوص – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يكون النصان واردين على محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه معا ، وإذ كان النص في المادة ١/١٧٧ من القانون المدني قد نظم أحكام مســئولية حارس البناء عن الأضـــرار الناشئة عن تهدمه بسبب قدمه أو عيب فيه أو الإهمال في صيانته ، وكانت نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي خلت من النص صراحة على إلغاء تلك المادة لم تتضمن تنظيما لأحكام تلك المسـئولية بل اقتصـرت على تحديد الإجراءات والاحتياطات الواجب إتباعها في شـأن المنشـآت الآيلة للسقوط أو تلك التي تحتاج الى ترميم أو صيانة وطرق الطعن في القرارات الصادرة بشأنها وهو ما لا يحول دون إعمال هذه القواعد وقاعدة مسئولية حارس البناء معا كل في مجاله الخاص في التطبيق ، فإن نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لا تكون ناسخة لنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني " (نقض ١٩٨٦/٢/٢٠ طعن ٢٣٤٨ س٥٢ق) وبأنه " إن إلغاء نص تشــريعي لا يتم حســبما تقضـــي المادة الثانية من القانون المدني إلا بتشــريع لاحق ينص صـــراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشـــريع " نقض ١٩٦٦/١٢/١٥ طعن ٢٥٥ س٣٢ق ، نقض ١٩٥٩/١٢/١٧ طعن ٢٧٠ س٢٥ق) وبأنه " والأصل أن النصوص التشريعية تسري على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها ، وأن التشـــريع لا يجوز إلغاؤه إلا بتشـــريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يد عليه ضمنا " (نقض ١٩٧٢/٦/١ طعن رقم ٤ س٣٩ق) وبأنه " ما أجازته المادة ٢٢١ من قانون المرافعات من استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بســبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، لا يعتبر – وعلى ما جرى به قضـــاء محكمة النقض – اســتثناء من حكم المادة ٤/١٥ من القانون رقم ١٢١ لســنة ١٩٤٧ التي تقضي بأن الأحكام الصادرة في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون لا تكون قابلة لأى طعن ، ذلك أن القانون سالف الذكر ، هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر

استثناء من أحكام قانون المرافعات ولا سبيل الى إلغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء ، ولا يستفاد هذا الإلغاء من نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات ذلك أن النص العام لا يلغى ضمنا النص الوارد في قانون خاص ولا يغير من هذا النظر ما نصت عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ من إلغاء كل نص آخر يخالف أحكامه ، ذلك أن هذا النص هو نص عام لا يقرر سوى مبدأ الإلغاء الضمني ولا ينصرف الى إلغاء النص الوارد في قانون خاص ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف رغم ما تمسك به الطاعن من بطلان الحكم الابتدائي ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " (نقض ١٩٧٥/٥/٢٠ س٢٦ ص١٠١٠ ، ونقض ١٩٧٥/٥/١٢ س٢٦ ص٩٧٦ ، ونقض ١٩٧٥/٥/١٢ طعن ٤٥ س٤٠ق ، ١٩٧٤/١٠/١٥ س٢٥ ص١١٤٠،٣٠ ١٩٦٧/٥/١١٤٠،٣٠ س١٨ ص١١٦٣ ، ١٩٦٦/٥/٧ س١٧ ص١١٣٩) وبأنه " النص في المادة الأولى من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٧ المعدل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٠ على عدم جواز الحكم بالإخلاء أو الطرد من الأماكن المؤجرة للمهجرين من محافظات بور سعيد والإسماعيلية والسويس وسيناء إذا كان شغلهم لها بطريق التنازل أو التأجير من الباطن دون تصريح من المؤجر وذلك حتى إزالة آثار العدوان ، وإذ كان هذا التشريع لم يلغ صراحة أو ضمنا بقانون آخر يقضي بتنام زوال آثار العدوان ، فإنه يظل ساريا واجب التطبيق ، ولا يغير من ذلك صدور الأمر العسكري رقم ١٤٣ لسنة ١٩٧٤ من محافظة الإسماعيلية في ١٩٧٤/٥/٢٩ الذي نص في مادته الأولى على أن يسمح للمواطنين بالقطاع الجنوبي لمحافظة بدخول المدن والقرى والعزب السابق حظر تواجدهم بها والموضحة بالملحق المرافق لهذا القرار ذلك أنه استهدف مجرد رفع الحظر عن التردد على الأماكن المبينة به " (الطعن رقم ٩٣٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/٥/٣٠) وبأنه " لئن كان القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد نص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة عشر منه على أنه " تسري أحكام هذا القانون على الأماكن وأجزاء الأماكن غير الواقعة في المناطق المبينة بالجدول المشار إليه في المادة الأولى إذا كانت مؤجرة لمصالح الحكومة وفروعها أو لمجالس المديريات البلدية والقروية ، ولئن كان القانون ٥٢ سنة ١٩٦٩ قد سار على ذات النهج فنص في الفقرة الأخيرة من المادة الأولى على أنه " وتسري أحكام الفصل الثالث من هذا الباب على الأماكن المؤجرة لمصالح الحكومة وفروعها والمجالس المحلية والهيئات والمؤسسات العامة ..... في القرى التي لم يصدر بشأنها قرار من وزير الإسكان والمرافق" ، إلا أن القانون ٤٩ سنة ١٩٧٧ قد جاء خلوا من نص مماثل ، وإذ كان ما جاء بالقانونين ١٢١ سنة ٤٧ ، ٥٢ سنة ١٩٦٩ بهذا الشأن إن هو إلا استثناء من الأصل المقرر في قوانين إيجار الأماكن عامة من عدم تطبيق أحكامها إلا في النطاق المكاني الذي تحدده ، وكانت المادة ٤٧ من القانون رقم ٤٩ سنة ١٩٧٧ قد نص في المادة ٨٦ منه على

إلغاء القانون ٥٢ ســـنة ١٩٦٩ وكل حكم يخالف أحكامه عدا تلك المتعلقة بالأجرة عملا بنص المادة التاســـعة منه ، فإن مؤدى ما تقدم أن عقود إيجار الأماكن الكائنة خارج النطاق المكاني لقوانين إيجار الأماكن المؤجرة لمصـــالح الحكومة وفروعها أو للمجالس المحلية أو للهيئات والمؤسسات العامة وإن كانت قد خضعت للامتداد القانوني إعمالا للقانون ١٢١ سنة ١٩٤٧ ومن بعده للقانون رقم ٥٢ سـنة ١٩٦٩ فقد انحسـر عنها هذا الامتداد منذ العمل بالقانون رقم ٤٩ سـنة ١٩٧٧ الذي ألغى ما كان ينص عليه القانونان الســابقان في هذا الشــأن" (الطعن رقم ٩٩١ سـنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/٤/٢)

- ولا يترتب على صـــدور القانون الجديد إلغاء أحكام اللوائح والقرارات التنظيمية العامة الســـارية فيما لا يتعارض مع أحكامه طالما إن هذا القانون الجديد لم يقم بإلغاء هذه اللوائح والقرارات ، وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية قد نص في مادته الســابعة على أن يسـتمر العمل بالقرارات التي صـدرت تنفيذا لقانون التأمينات الاجتماعية الصـادر بالقانون رقم ٩٢ لسـنة ١٩٥٩ والتي لا تتعارض مع أحكامه وذلك الى حين صـدور القرارات المنفذة له ، وكان قرار وزير الشـئون الاجتماعية والعمل المركزي رقم ٢٠ لســـنة ١٩٥٩ قد صــــدر – وعلى ما يبين من عنوانه وديباجته – لبيان طريقة وشروط حساب الأجر في تأمين إصابات العمل بالنسبة للعمال الذين يســـتخدمون في أعمال عرضـــية مؤقتة ومنهم عمال المقاولات تنفيذا للمادة ٧٢ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ التي نصت بعد أن نظمت كيفية حســاب الاشــتراكات على أســاس الأجور الفعلية للعمال المؤمن عليهم على أنه يجوز لوزير الشــئون الاجتماعية والعمل المركزي بناء على اقتراح مجلس إدارة المؤســـســـة أن يضـــع شـروطا أخرى لحسـاب الأجر في حالات معينة ، وكان قانون التأمينات الاجتماعية الصـادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ قد قصر في المادتين ٢ ، ١٩ منه حق العمال الذين يستخدمون في أعمال عرضـــية مؤقتة في التأمينات على تأمين إصـــابات العمل بينما امتد إليهم نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٦٣ سنة ١٩٦٤ فيما يختص منه يعد ناســخا لذلك القرار الوزاري المشــار إليه لقيام تعارض بينهما يتمثل في أن هذا القرار كانت غايته وكما تقدم القول بيان طريقة وشــروط حســاب أجور هؤلاء العمل في تأمين إصـــابات العمل وحده تنفيذا لقانون التأمينات الاجتماعية الســـابق وهو ما لا يتوافق مع تنظيم القانون الحالي لوضعهم على النحو المبين به ولا يجعل لهذا القرار مجالا في التطبيق بعد صدور هذا القانون ، ولا ينال من هذا النظر أن يكون قرار وزير العمل رقم ٧٩ لسنة ١٩٦٧ الذي صدر تنفيذا للمادة ١٢ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ – التي

التزمت هى أيضا الأصل المقرر في المادة ٧٢ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ وهو أن يكون أداء الاشتراكات على أساس الأجور الفعلية للعمال المؤمن عليهم – قد أبقى على الطريقة التي وضعها القرار الوزاري رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٩ لحساب أجور عمال المقاولات والاشتراكات المستحقة عنهم للهيئة مادام أن هذا القرار يتعارض مع القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ على النحو السالف الإشارة إليه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأجرى حساب الاشتراكات الخاصة بعمال المطعون ضدهما الأولين – الذين استخدموا في عملية مؤقتة خاصة بتوريد الأحجار السنوية لجسور النيل – على أساس أجورهم الفعلية طبقا لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، الذي يحكم واقعة الدعوى ، واستبعد حسابها وفق أحكام القرار الوزاري رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٩ ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/١١/٣٠) وبأنه " إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نظام قانوني جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام القانوني الجديد إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذا للقانون القديم وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التي تتوافق مع القانون الجديد فإنها تبقى نافذة المفعول الى ما بعد صدور القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح " (الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢) وبأنه " ولئن كان قانون نظام الإدارة المحلية رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ – الذي صدر نفاذا له قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧٥٥ لسنة ١٩٦٠ – قد ألغى بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ الذي حل محله قانون نظام الحكم المحلي القائم رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، إلا أن هذين القانونين الأخيرين قد نصا صراحة على استمرار العمل بأحكام اللوائح والقرارات التنظيمية العامة السارية فيما لا يتعارض مع أحكامها ، مما مقتضاه بقاء القرار الجمهوري آنف البيان رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٧٧ بتقسيم جمهورية مصر العربية الى أقاليم اقتصادية وإنشاء هيئات التخطيط الإقليمي الذي أجرى تقسيم الجمهورية الى ثمانية أقاليم وأدمج أكثر من محافظة في كل إقليم منها ، ذلك أن الهدف من هذا القرار هو تنسيق العمل بين محافظات الإقليم الواحد وتحقيق التعاون بينها في كافة المجالات ، فهو منبت الصلة بتشريعات إيجار الأماكن ولا شأن له بتقسيم الجمهورية الى مدن وقرى داخل كل محافظة على نحو ما ورد بالقرار الجمهورية رقم ١٧٥٥ لسنة ١٩٦٠ " (الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٥٦ق الهيئة العامة جلسة ١٩٨٨/٣/٣)

والإلغاء الصريح قد يكون بالنص في التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص ، فيترتب على ذلك إلغاء الأحكام القانوني السابقة المخالفة ولو كان التشريع اللاحق تشريعا عاما

وكانت الأحكام المخالفة السابقة وردت في تشريع خاص ، إذ أن القاعدة التي تقضي بأن التشريع العام اللاحق لا يلغى التشريع الخاص السابق يقتصر مجال أعمالها على حالة الإلغاء الضمني دون الإلغاء الصريح وقد كانت المادة الثانية من مواد إصدار القانون المدني تتضمن فقرة ثانية تنص على إلغاء كل نص يخالف أحكامه فحذفت اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ هذه الفقرة وعللت هذا الحذف بقولها بأن المقصود هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التي صدرت استثناء من القانون المدني منشئة أو ضاعا دائمة أو موقوتة حتى لا ينصرف النص في عمومه الى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذي لا يدخل في قصد المشرع . (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء أول ص١٦٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا وجه لاستناد الطاعنة في عدم سريان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ عليها الى أن المادة ٢/هـ من المرسوم بقانون سالف الذكر أجازت للجمعيات الخيرية التصرف في القدر الزائد عن المائتى فدان في خلال عشر سنوات تنتهي في ١٩٦٢/٩/٨ ، ذلك أن هذه الفقرة تعتبر ملغاة بما نصت عليه المادة ١٢ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ من إلغاء كل نص يخالف أحكامه ، هذا مع مراعاة الاستثناء الذي قرره المشرع بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧١ " (الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٣/٣/١)

إلا أن محكمة النقض ذهبت عكس ذلك بالنسبة لنصوص قانون المرافعات حيث ذهبت الى أن " وفقا لما تنص على المادة الأولى من قانون المرافعات – في نطاق الاستثناءات الواردة بها – فإن الإجراء الذي اتخذ في ظل القانون القديم يظل خاضعا له حتى يكتمل ، دون ما تأثير للقانون الجديد " فقد قضت محكمة النقض بأن " إن ما أجازته المادة ٢٢١ من قانون المرافعات من استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلات في الإجراءات أثر في الحكم لا يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – استثناء من حكم المادة ٤/١٥ من القانون ١٢١ سنة ١٩٤٧ التي تقضي بأن الأحكام الصادرة في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون لا تكون قابلة لأى طعن ذلك أن القانون سالف الذكر ، هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات ولا سبيل الى إلغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء ولا يستفاد هذا الإلغاء من نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات ذلك أن النص العام لا يلغى ضمنا النص الوارد في قانون خاص ولا يغير من هذا النظر ما نصت عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون المرافعات رقم ١٣ سنة ١٩٦٨ من إلغاء كل نص آخر يخالف أحكامه ، ذلك أن هذا النص هو نص عام لا يقرر سوى مبدأ الإلغاء الضمني ولا ينصرف الى إلغاء النص الوارد في قانون خاص ، وإذ قضى الحكم

المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف رغم ما تمسك به الطاعن من بطلان الحكم الابتدائي ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " (الطعن رقم ٦٢٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠) وقضت أيضا بعدم امتداد الإلغاء الى الوقائع السابقة في المسائل المدنية ، فقضت بأن " إذ رأى الشارع إلغاء القاعدة المقررة بقانون (مرسوم التعريفة الجمركية) فإن ذلك لا يبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة على هذا الإلغاء بل هو تأكيد بالتزام العمل بها في النطاق المنصوص عليه بالتشريع السابق " (الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٦)

- ولا يعتبر التشريع السابق ملغيا بعدم استعماله مدة طويلة طالما لم تتجه نية المشرع على إلغاءه صراحة ، وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة الثالثة من الفصل الأول من أمر نائب الحاكم العسكري العام رقم ٤ لسنة ١٩٧٦ – المعمول به من تاريخ نشره في ١٩٧٦/٩/٢٢ والنص في المادة الأولى من أمر نائب الحكام العسكري العام رقم ٥ لسنة ١٩٧٦ والمعمول به من تاريخ صدوره في ...... والنص في المادة ٨٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يدل على أمر نائب الحاكم العسكري العام رقم ٤ لسنة ١٩٧٦ كان له الوجود القانوني كتشريع من تشريعات الدولة منذ صدوره ونشره في الجريدة الرسمية في ١٩٧٦/٩/٢٣ يؤيد ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للأمر العسكري رقم ٥ لسنة ١٩٧٦ من أن الفصل الأول من الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٧٦ يتضمن بعض التدابير الخاصة بتأجير الأماكن وتحديد بعض المواعيد كما ألزمت المادة ٣ منه الملاك والمستأجرين والمؤجرين لأماكن مفروشة في تاريخ العمل به أن يعدلوا أوضاعهم وفقا للأحكام السابقة خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ العمل به وذلك على الوجه الوارد بهذا الأمر .... وبالنظر إلى أهمية الآثار المدنية والجنائية التي ستترتب على انتهاء المواعيد المبينة في هذا الفصل مما يتعذر تداركها ، وعملا على استقرار الأوضاع الحالية فيما يتعلق بتأجير الأماكن المفروشة وإلى أن تنتهي الحكومة من إعداد مشروع القانون المنظم للعلاقة بين المالك والمستأجر على نحو يحقق العدالة بالنسبة للجميع ... ، لما كان ما تقدم ، فإن المادة الثالثة من الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالأمر العسكري رقم ٥ لسنة ١٩٧٦ لا تكون نافذة أو واجبة التطبيق ولا ترتب أى حق لمستأجري الأماكن مفروشة ولا تنشئ لهم أى مركز قانوني ، خاصة بعد أن اتجهت نية المشرع الى الإبقاء على حالات التأجير مفروض السابقة على الأمر العسكري سالف الذكر حتى يتم إعداد تشريع جديد ينظم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين فلا يحق للمطعون ضده – والحال كذلك – أن يطلب الحكم بأحقيته في استئجار عين النزاع خالية حتى ولو توافرت لديه شروط تطبيق المادة ١/٣ من الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٧٦ إذ أنها لم توضع موضع التنفيذ حتى تم إلغاؤها بإلغاء الأمر

العسكري ذاته بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الذي لحق الدعوى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في الدعوى الفرعية المقامة من المطعون ضده بأحقيته في استئجار عين النزاع خالية وإلزام الطاعن بأن يحرر له عقد إيجار عنها وذلك استنادا للأمر العسكري سالف الذكر ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ١٣٤١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٢/٩)

- الإلغاء الضمني : في هذه الصورة من صور الإلغاء لا يصرح بإلغاء القاعدة السابقة ، ولكنه يستنتج من تعارض قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة أخرى سابقة ، فتعتبر القاعدة ناسخة بطريقة ضمنية للقاعدة السابقة ، وذلك لاستحالة الجميع بين حكم القاعدتين في وقت واحد ، وقد تضمن المادة ٢ من القانون المدني المصري صورتين للإلغاء : صورة ما إذا اشتمل التشريع اللاحق على نص يتعارض مع نص التشريع السابق ، وصورة ما إذا نظم التشريع اللاحق الموضوع الذي سبق أن نظمه التشريع السابق ، فالإلغاء الضمني يتحقق في هاتين الصورتين . الصورة الأولى : التعارض بين القديم والجديد : في هذه الحالة تصدر قاعدة جديدة تتعارض مع قاعدة سابقة عليها ، بحيث لا يمكن تطبيق القاعدتين معا في وقت واحد ، فيفهم من ذلك ضمنا أن القاعدة الجديدة قد ألغت القاعدة القديمة ، وقد يكون التعارض بين القاعدتين كليا ، كما قد يكون هذا التعارض جزئيا ، فإذا كان التعارض تاما بين القاعدة القديمة والجديدة ، بحيث يستحيل التوفيق بين أحكامهما ، اعتبرت القاعدة الأولى ملغاة إلغاء ضمنيا بالقاعدة الجديدة . أما إذا كان التعارض جزئي ، أى وقع في بعض الأحكام دون البعض الآخر فإن الإلغاء لا يكون إلا في حدود التعارض بين القديم والجديد ، أى يكون الإلغاء جزئيا ، ولكن إذا كان إلغاء القاعدة القديمة بقاعدة جديدة تتعارض معها يتم على النحو السابق ، سواء أكان الإلغاء كليا أم جزئيا ، فإنه يلزم أن يكون الحكم الجديد والحكم القديم من نفس النوع ، أى تكون أحكاما ذات صفة واحدة ، فإذا كان لحكم القديم حكما عاما (gènérale) ، يلزم أن يكون الحكم الجديد حكما عاما ، وإذا الحكم الجديد حكما خاصا (speciale) ، يلزم أن يكون الحكم الجديد حكما خاصا ، فإذا اتحدت أحكام القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة على هذا النحو ، كان هناك إلغاء كلي أو جزئي ، حسب الأحوال . إلا أن الوضع لا يتم غالبا على النحو السابق ، فقد يكون التعارض بين حكم قديم عام وحكم جديد خاص أو العكس ، ١- فإذا كانت القاعدة القديمة قاعدة عامة والقاعدة الجديدة قاعدة خاصة ، فإن القاعدة الجديدة لا تلغى من القاعدة القديمة العامة إلا ما جاءت بشأنه فقط ، وتظل القاعدة القديمة كما هى فيما عدا الحالة الخاصة التي نصت عليها القاعدة الجديدة ، والتي تعتبر استثناء من القاعدة القديمة العامة ، استثناء يحد من عموميتها ، ويعبر عن ذلك بأن القاعدة

الخاصــة تلغى القاعدة العامة في حدود ما تعارضــت فيه معها (specialia generalibus derogat) مثل ذلك ما كانت تنص عليه المادة ٤٥ مدني مصـــري قديم من أن الملكية تنتقل فور العقد في المنقولات والعقارات ، ثم جاء قانون التسـجيل سـنة ١٩٢٣ ، ومن بعده قانون الشهر العقاري سـنة ١٩٤٦ ، وقرر أن الملكية لا تنتقل في العقارات إلا بالتسـجيل . فالقاعدة التي كانت واردة في المادة ٤٥ كانت قاعدة عامة تنصـــرف الى العقار والمنقول . أما الحكم الجديد ، الذي جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري ، فهو حكم خاص ينصرف الى بعض ما جاءت به القاعدة الأولى وهو العقار فقط ، ولما كان الحكمان متعارضـين فإن حكم العقار في القاعدة الأولى وانتقال الملكية بالنســبة له بمجرد العقد قد صـــار ملغيا وبقى انتقال الملكية بمجرد العقد ، والذي جاءت به القاعدة الأولى ، قاصرا على المنقول فقط ، ومن أمثلة ذلك أيضا ما ينص عليه القانون المدني المصري الحالي في المادة ١٠٦٠ – في صدر كلامه عن الرهن الرسـمي – من أنه يعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأى سـبب من الأسباب ، ملكية هذا العقار أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن . فهذا النص عام يتكلم عن انتقال الملكية بأى سـبب من الأسـباب ، سـواء أكان ذلك عن طريق العقد أم عن طريق واقعة أخرى كالتقادم ، ولما صـــدر قانون المرافعات بعد القانون المدني نص في المادة ٦٢٦ على أنه إذا كان العقار المرهون في يد حائز آل بعقد مســجل ... وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليه العقار ... فهذا النص الأخير يتكلم عن انتقال الملكية الى الحائز بعقد مســجل فقط ، دون الأســباب الأخرى ، فالنص الوارد في القانون المدني نص عام يتكلم عن انتقال الملكية بأى سبب . أما نص المرافعات فهو نص خاص يتكلم عن انتقال الملكية بالعقد المسجل فقط ، ولما كان قانون المرافعات لاحقا على القانون المدني ، فإنه يعتبر اســتثناء واردا عليه يطبق الى جواره ، فيلزم التسـجيل في العقد دون الأسـباب الأخرى كالتقادم ، مع مراعاة ما قد يستلزمه القانون بالنســبة لاعتبار الملكية منتقلة في غير العقد من أحكام أو إجراءات بطبيعة الحال " (سـليمان مرقص ، مرجع سـابق ، توفيق فرج ، مرجع سـابق) ٢- أما إذا كان الحكم القديم حكما خاصـا والحكم الجديد حكما عاما يتعارض معه ، فإن هذا التعارض لا يؤدي الى إلغاء القاعدة القديمة الخاصة ، ويعمل بالحكم الذي جاءت به القاعدة الجديدة باعتباره القاعدة العامة . أما الحكم القديم فإنه يبقى على ما كان وبعد اســتثناء . فالحكم العام لا يلغى الحكم الخاص non derogatur legi speciali per generalem ، ولا يلغى الحكم الخاص إلا بحكم خاص مثله ، وإذا عدنا الى المثال السـابق فإننا نجد أن قانون الشــهر العقاري الصـادر سـنة ١٩٤٦ يضع حكما خاصا بشأن نقل الملكية في العقار أو أى حق عيني أصلي آخر وارد عليه ، وهو أنها لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فلما جاء القانون المدني بعد ذلك وضع في المادة ٢٠٤ منه

قاعدة عامة تقرر أن الملكية تنتقل بمجرد نشوء الالتزام وأضـاف الى هذا عبارة "وذلك دون إخلال بقواعد التسجيل" ، واضح من هذا المثال أن حكم القانون المدني في المادة ٢٠٤ حكم عام يشمل العقار والمنقول ، وهو حكم لاحق (القانون المدني عمل به من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩) أما الحكم الذي جاء به قانون الشـــهر العقاري فهو حكم خاص يعلق انتقال الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات فقط على التسجيل ، وفي هذه الحالة لا ينسخ الحكم العام الوارد في القانون المدني الحكم الخاص ، بل يظل هذا الأخير قائما كاسـتثناء على الحكم العام ، وإذا كان الأمر كذلك فإن المشـــرع لم يكن في حاجة الى إضـــافة العبارة الواردة في آخر المادة ٢٠٤ وهى "وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسـجيل" ، فهى مجرد تزيد ، ومن أمثلة ذلك أيضـا ما ينص عليه القانون ١٤ لســـنة ١٩٣٩ في المادة ٥٤ منه والمعدلة فيما بعد من أن ميعاد الاســتئناف الذي يرفع من الممول أو من مصـلحة الضـرائب عن الأحكام التي تصـــدر من المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية ، والمتعلقة بالطعون في قرارات اللجان الخاصـــة بالضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل ، هو ٣٠ يوما من تاريخ إعلان الحكم ، ولما صـدر القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات جعل ميعاد الطعن في الحكم من وقت النطق به وليس من وقت إعلانه ، ولما كان قانون المرافعات هو القانون العام فيما يختص بالمواعيد والإجراءات ، ونص القانون ١٤ لســنة ١٩٣٩ (معدلا) نص خاص ، فإنه لا يجوز إهدار القانون الخاص لإعمال القانون العام ، لما في ذلك من منافاة صـريحة للغرض الذي من أجله وضـع القانون . (نقض مدني ١٩٧١/٦/٩ المكتب الفني ص٢٣ رقم ١٢١ ص٧٣٩ ، توفيق فرج ، ومرقص)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " القول بأن المادة ٨٩ من قانون المرافعات القائم والمعمول به اعتبارا من ١٩٦٨/١١/١٠ الذي أدرك الدعوى أمام محكمة أول درجة – جعلت تدخل النيابة العامة جوازيا في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية وإنها بهذه المثابة تعد ناسـخة للقانون ٦٢٨ سنة ١٩٥٥ في هذا الخصوص بحيث يصبح تدخلها في القضايا المتعلقة بالوقف الخيري جوازيا ويســـتمر وجوبيا فيما عداه من الأحوال التي نص عليها فيه ، مردود بأن مؤدى المادة الثانية من القانون المدني أنه وإن كان الأصل في نسخ التشريع أن يتم ينص صريح في تشريع لاحق إلا أن النسخ قد يكون ضمنيا إما بصدور تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضا تاما ومطلقا مع نص في التشـــريع القديم ، وفي هذه الحالة يقتصـــر النســخ على الحدود التي يتحقق فيها هذا التعارض ، وإما بصدور تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وشعا من الأوضاع التي أفرد لها تشريع سـابق ، وفي هذه الحالة يعتبر التشـريع السـابق منسـوخا جملة وتفصـيلا ولو انتفى التعارض بين نصــوص هذا التشــريع ونصــوص التشــريع الذي تلاه ، ولما كانت المادة ٨٩ وردت في قانون

المرافعات وهو قانون عام ، وكان القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ قانون خاص قصد به مواجهة حالة معينة نتجت عن إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فإنها لا تؤدي إلى إلغاء القواعد المعمول بها في شأن هذه الحالة الخاصة كاستثناء من المبدأ العام الذي نص عليه التشريع العام خاصة وأنه لم يشر صراحة إلى هذه الحالة بالذات ولم تجئ عبارته قاطعة على سريان حكمه في جميع الأحوال وأنه يمكن التوفيق بين نصوصه ونصوص التشريع الخاص السابق عليه ، ذلك أن المرحل التشريعية قاطعة في أن لكل من المادة ٨٩ من قانون المرافعات والمادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ نطاقه الذي تتحدد به لا يتداخلان ولا يبغيان إذ أن المادة ٨٩ تقابل المادة ١٠٠ من قانون المرافعات الملغي رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ التي كانت تنص هى الأخرى على أن تدخل النيابة في القضايا الخاصة بالأوقاف الخيرية جوازى ، وكان هذا التدخل الجوازى له مجاله في دعاوى الأوقاف الخيرية التي تعرض على المحاكم الابتدائية فيما يخرج عم اختصاص المحاكم الشرعية التي كانت قائمة وقتذاك وهى تلك التي لا تتعلق بأصل الوقف أو بشأنه أو توافر أركانه أو شخص المستحق فيه ، فلما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بنظام القضاء وألغين بمقتضاه المحاكم الشرعية والمجالس الملية وأحيلت الدعاوى المنظورة أمامها الى المحاكم المدنية ، عمد المشرع الى إصدار القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ وأجبت الفقرة الثانية من مادته الأولى تدخل النيابة في كل قضية متعلقة بالأحوال الشخصية أو بالوقف مما كان يندرج ضمن اختصاص المحاكم الشرعية الملغاة ، وهذا الوضع قائم وباق على ما هو عليه ، ومن ثم فإن القول بأن المادة ٨٩ من قانون المرافعات الحالي نسخت جزئيا حكم المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ في صدد الوقف الخيري فيه مجاوزة لمراد المشرع ، يساند ذلك أن كلا من المادتين ٨٨ ، ٨٩ من قانون المرافعات اللتين عددتا مواضع تدخل النيابة وجوبا وجوازا لم تعرضا للقضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية خلافا لما يجرى به نص المادة ٩٩ من قانون المرافعات الملغي ، وتقديرا من المشرع بأن القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ بين الأحوال التي يكون فيها تدخل النيابة جوازيا أو وجوبيا مما مفاده بقاء هذا القانون بكافة أحكامه ، بل واكتفى المشرع بما أوردته الفقرة الثالثة من المادة ٨٨ والفقرة السابعة من المادة ٨٩ من إشارة الى الحالات التي تلغي القوانين الخاصة على وجوب التدخل أو جوازه مما يعني أنه ما كان يستهدف تجويز التدخل في صدد قضايا الأوقاف الخيرية التي كانت تختص بها المحاكم الشرعية وإنما قصد الى وجوب تدخل النيابة فيها اختفاء منه بهذا النوع من الدعاوى واعتدادا بأهميتها الخاصة ، ويظاهر هذا الرأى أن قضاء هذه المحكمة استقر على أنه بعد صدور القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا الأحوال الشخصية والوقف التي لا تختص بها المحاكم الجزئية مما

مؤداه وفقا للمادة ٨٧ من قانون المرافعات أن لها كل ما للخصــوم من حقوق وعليها كل ما عليهم من التزامات بالقول بأن تدخلها أصبح جوازيا في قضايا الوقف الخيري يتجافى مع هذا الاعتبار " (الطعن رقم ٣٥٩ لســنة ٤٤ق جلســة ١٩٧٧/١١/٣٠) وبأنه " إذا كان نص المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضــمنه من تقرير الامتداد القانوني لعقد الإيجار لأى من المســتفيدين المحددين به حال وفاة المستأجر الأصلي أو تركه العين المؤجرة قد ورد عاما لا يفرق بين المصريين وغير المصريين ، إلا أنه وقد صدر بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ – وهو في ذات مرتبة التشريع الأول – متضــمنا النص في المادة ١٧ منه على أن " تنتهي بقوة القانون عقود التأجير لغير المصـــريين بانتهاء المدد المحددة قانونا لإقامتهم بالبلاد ، وبالنسبة للأماكن التي يستأجرها غير المصريين في تاريخ العمل بأحكام هذا القانون يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاءها إذا ما انتهت إقامة المســتأجر غير المصري في البلاد ... ومع ذلك يستمر عقد الإيجار بقوة القانون في جميع الأحوال لصالح الزوجة المصـــرية ولأولادها منه الذين كانوا يقيمون بالعين المؤجرة ما لم يثبت مغادرتهم البلاد نهائيا " ، فقد دل على أن المشرع في سبيل العمل على توفير الأماكن المخصصة للسكنى – كما أفصح عن ذلك تقرير لجنة الإسكان والمرافق العامة والتعمير ومكتب لجنة الشئون الدستورية والتشـــريعية بمجلس الشـــعب – اتجه الى تنظيم الامتداد القانوني لعقد الإيجار المبرم لصـــالح المســتأجر الأجنبي على نحو مغاير لما تضــمنه نص المادة ١/٢٩ من القانون ٤٩ لسـنة ١٩٧٧ بحيث لا يبيح له الاستفادة من ميزة الامتداد القانون للعقد إلا للمدة المحددة لإقامته بالبلاد وقصر الانتفاع بتلك الميزة واستمرار العقد على الزوجة المصرية للمستأجر الأجنبي وأولادها منه الذين كانوا يقيمون بالعين المؤجرة ولم يغادروا البلاد نهائيا ومن ثم فإنه واعتبارا من تاريخ العمل بالقانون ١٣٦ لســـنة ١٩٨١ وإعمالا للأثر الفوري لنص المادة ١٧ منه – باعتباره نصـــا آمرا ومتعلقا بالنظام العام – يتعين قصـــر الانتفاع بالامتداد القانوني لعقد الإيجار المبرم لصـــالح المستأجر الأجنبي على من ذكروا صراحة بالنص وبالشروط المحددة " (الطعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩١٣/٦/٦) وبأنه " النص في المادة الأولى من الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ على أن " يعاقب بالعقوبة المقررة في المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات كل من أجر مكانا مبنيا أو جزءا منه لأكثر من مستأجر عن نفس المدة وكذلك كل من باع هذا المكان لأكثر من شخص واحد " ، وفي المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أن " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر .... كل من أجر مكانا أو جزءا منه أو باعه ولو بعقد غير مشـهر أو مكن آخر منه وكان ذلك التأجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق " ، مفاده أن نطاق الحظر من التصرف بالبيع المؤدي الى بطلان

التصـرف اللاحق في مفهوم هذين التشـريعين هو المكان المبني أو جزء منه ، وإذ صـدر القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المعمول به اعتبارا من ١٩٨١/٧/٣١ معدلا بعض أحكام التشريع السابق ونص في المادة ٢٣ منه على أن " يعاقب بعقوبة جريمة النصـــب المنصـــوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأى صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مســـتأجر أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شـــرائها ، ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا " ، فإن ذلك مؤداه أن المشرع قد أعاد من جديد تنظيم قواعد الحظر من التصـــرف اللاحق للبيع المؤدي الى البطلان الوارد في المادة الأولى من الأمر العسكري رقم ٤ لسـنة ١٩٧٣ والمادة ٨٢ من القانون ٤٩ لسـنة ١٩٧٧ على نحو يقيد من نطاقهما ويقصره على التصرف في الوحدة السكنية فقط بعد أن كان شاملا المكان المبني أو جزء منه وفقا لحكم هاتين المادتين وبذلك تكون المادة ١/٢٣ من القانون ١٣٦ لســـنة ١٩٨١ قد ألغت ضمنا حكمها في هذا الشأن ويضحى ذلك الحظر بالتالي قاصرا منذ سريان أحكام القانون الأخير على التصـــرف اللاحق في الوحدة الســكنية فقط " (الطعن رقم ٣١٧٣ لســـنة ٦١ق جلســـة ١٩٩٦/١٢/١٤)

- قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ولائحته التنفيذية ولوائح العاملين بشركات قطاع الأعمال . هم الأساس في تنظيم علاقات العاملين بتلك الشركات . تطبيق أحكامهم ولو تعارضت مع أحكام قانون العمل أو أى قانون آخر . خلوهم من أى نص بشأن تلك العلاقات . أثره . تطبيق أحكام قانون العمل ، وقد قضت محكمة النقض بأن " يدل النص في المواد ١/١٢ ، ١/٤٢ ، ٢/٤٨ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون قطاع الأعمال العام على أن هذا القانون واللائحة التنفيذية الصادرة نفاذا له بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ ولوائح العاملين التي تصدر إعمالا لحكم المادة ٤٢ من القانون المشار إليه هى الأساس في تنظيم علاقات العاملين بشركات قطاع الأعمال العام تطبق أحكامها ولو تعارضت مع أحكام قانون العمل أو أى قانون آخر ، وأن قانون العمل مكمل لأحكامها ، فتسري أحكامه على تلك العلاقات عند خلو القانون واللوائح من نص بشأنها . لما كان ذلك ، وكان الثابت في الأوراق أنه وبتاريخ ١٩٩٥/٧/٢٠ صدر قرار وزير قطاع الأعمال العام رقم ٢٩٨ لسنة ١٩٩٥ باعتماد لائحة نظام العاملين بالشركة الطاعنة والتي وضعتها بالاشتراك مع النقابة العامة للعاملين بالصناعات الهندسية والمعدنية والكهربائية ، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٧٤ من هذه اللائحة على أنه " ويتم صرف المقابل النقدي عن الإجازات الاعتيادية التي لم يقم العامل بها لأى سبب من الأسباب على أساس الأجر الشامل طبقا لمفهوم قانون التأمين الاجتماعي وعن كامل رصيد إجازاته الاعتيادية التي استحقت عن مدة خدمته بالشركة ، وفي

جميع الأحوال لا يعتد برصيد إجازات العامل المنقول الى الشركة في تاريخ نقله " ، فإنه يتعين إعمال أحكام هذا النص على العاملين بالشركة الطاعنة دون أحكام المادة ٤٥ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ وحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ق دستورية بعدم دستورية الفقرة الثالثة منها فيما تضمنته من ألا تزيد على ثلاثة أشهر مدة الإجازة السنوية التي يجوز للعامل أن بضمها ولو كان الحرمان من هذه الإجازة – فيما جاوز من رصيدها هذا الحد الأقصى – عائدا الى رب العمل " ، وبالتالي لا يعد حكم هذه الفقرة في الفترة لسابقة على الحكم بعدم دستوريتها مانعا يتعذر معه على المطعون ضده المطالبة بحقه في مقابل رصيد الإجازات بوصفه تعويضا عن عدم استعمالها – يوقف سريان التقادم إعمالا لحكم الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم الحولي على أن التقادم يبدأ سريانه من تاريخ نشوء الحق في المطالبة بمقابل رصيد الإجازات فيما زاد عن ثلاثة شهور والذي تقرر بنشر حكم المحكمة الدستورية العليا السالف الإشارة إليه في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٧ فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢١)

- ويقصد بالتعارض بين النص القديم والجديد أن يكون النصان واردين على محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه ، وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كانت المادة الثانية من القانون المدني قد نصت على أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " ، وكان القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٤ لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٤ وقد اختلف مجال تطبيق أحكام كل منهما وليس ثمة تعارض بين أحكامهما فإن الحكم المطعون فيه إذ ذهب في أسبابه الى أن القانون ١٣٨ لسنة ١٩٦٤ قد ألغى القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٤ الصادر بالتيسير على صغار الزراع المشترين للأراضي الزراعية ممن صودرت أموالهم وذلك بإعادة تقسيط ما لم يؤد من الثمن على عشر سنوات أخرى بفائدة قدرها ٣% سنويا ، فحجب نفسه عن إعمال الآثار التي يرتبها هذا القانون على واقعة الدعوى ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن " (الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/١٣) وبأنه " المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن إلغاء النص التشريعي الذي يتضمن قاعدة عامة لا يتم – وعلى ما جرى به نص المادة الثانية من القانون المدني إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد

الموضـــوع الذي ســـبق أن قرر قواعده ذلك التشـــريع وكان المقصـــود بالتعارض في هذا الخصـوص – وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – أن يكون النصـان واردين على محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه معا . لما كان ذلك ، وكان نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني قد نظم أحكام مسئولية حارس البناء عن الأضرار الناشئة عن تهدمه بسبب قدمه أو عيب فيه أو الإهمال في صـــيانته ، وكانت نصـــوص القانون رقم ٤٩ لســـنة ١٩٧٧ – التي خلت من النص صراحة على إلغاء تلك المادة – لم تتضمن تنظيما لأحكام تلك المسئولية بل اقتصرت علة تحديد الإجراءات والاحتياطات الواجب اتباعها في شـأن المنشـآت الآيلة للسـقوط أو تلك التي تحتاج الى ترميم أو صيانة وطرق الطعن في القرارات الصادرة بشأنها وهو ما لا يحول دون إعمال هذه القواعد وقاعدة مسـئولية حارس البناء معا كل في مجاله الخاص في التطبيق فإن نصـوص القانون رقم ٤٩ لسـنة ١٩٧٧ لا يكون ناسـخة لنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني " (الطعن رقم ٣٨٦٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٤)

- وعلى ذلك إذا اختلف المحلان فلا موجب للإلغاء ، وقد قضـــت محكمة النقض بأن " ما نصـــت عليه المادة ٤٧ من قانون المحال العمومية رقم ٣٨ لســـنة ١٩٤١ من إلغاء أحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٠٤ بشأن المحلات العمومية وجميع القوانين المعدلة والمكملة له ، لا أثر له على لائحة التياترات إذ أنها صدرت مستقلة عنه " (نقض ١٩٥٦/٦/٧ س٧ ص٦٩٢)
- والقياس لا يرد على نص ملغي لانعدام حكمه ، وقد قضـــت محكمة النقض بأن " إذا كانت الفقرة (هـــ) من المادة الثانية من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكن المؤجر إذا أراد المالك هدمه لإعادة بنائه بشـكل أوسـع ، ولم تكن هذه المادة تجيز للمســتأجر أن يطلب العودة للمكان الجديد ، ثم ألغيت هذه الفقرة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٥ ، ولما صدر القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أعطى في المادة ٣٩ منه – في حالة هدم العقار لأيلولته للسقوط – للمستأجر الحق في شغل وحدة بالعقار بعد إعادة بنائه ، ثم ألغى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ هذا الحق . لما كان ذلك ، وكان القانون إنما يسري على الوقائع اللاحقة لتاريخ العمل به ولا يسري على الماضي إلا بنص خاص ، وكان الثابت بالأوراق أن العقار الذي كان الطاعن يستأجر ثلاثة محلات فيه قد هدم كلية سنة ١٩٦٦ وانفسخ بذلك عقد إيجاره تلقائيا فور الهدم ، فإن الحكم الذي أوردته المادة ٣٩ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن حق المستأجر في العودة لا يسري على واقعة الدعوى التي تمت قبل تاريخ العمل به ، ويكون ما ذهب إليه الطاعن بشأن تمسكه بما نصت عليه هذه المادة في دلالتها بطريق القياس لا محل له أيا كان وجه الرأى في جواز عمال هذه الدلالة " (الطعن رقم ٢٨ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢١)

الصورة الثانية : تنظيم الموضوع نفسه من جديد : إذا صدرت قواعد قانونية تنظم موضوعا سبق أن نظمته قواعد سابقة ، فإنه يستخلص من إعادة تنظيم الموضوع نفسه من جديد إلغاء كل القواعد التي كانت تنظم هذا الموضوع من قبل ، حتى ولو كانت بعض القواعد السابقة لا تتعارض مع القواعد الجديدة ، وهذا ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية لنص المادة الثانية من القانون المدني المصري حين قالت بأن النسخ يكون ضمنيا إذا صدر (تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعا من الأوضاع أفرد له تشريع سابق ، وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ، ولو انتفى التعارض بين نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه) ، مثال ذلك أن المشرع المصري ينظم الوصية الآن بقانون خاص هو القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، فإذا جاء الآن وأصدر قانونا جديدا ينظم فيه الوصية تنظيما كاملا ، كان هذا القانون الجديد ناسخا للقانون الأول الصادر سنة ١٩٤٦ ، ومثال ذلك أيضا القانون المنظم لمجلس الدولة ، فقد كان مجلس الدولة منظما بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ولكن المشرع تدخل واصدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وأعاد فيه تنظيم مجلس الدولة من جديد ، فاعتبر قانون سنة ١٩٥٩ ملغيا ، في جملته وتفصيله ، لأن قانون سنة ١٩٧٢ ينظم جديد ما كان ينظم ذلك القانون ، وفي هذه الحالة يعد قانون سنة ١٩٥٩ ملغيا ، حتى ولو لم ينص القانون الجديد صراحة على إلغائه ، فمجرد إعادة تنظيم الموضوع نفسه من جديد يؤدي إلى الإلغاء الضمني القانون سابق دون حاجة إلى تصريح بذلك من المشرع ، وإن كان قرار رئيس الجمهورية بإصدار قانون مجلس الدولة الجديد قد نص في المادة الأولى منه على أن يستبدل بأحكام القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ القانون الجديد الصادر سنة ١٩٧٢ ، وما كان المشرع بحاجة إلى مثل هذا النص ، وإن كان ذلك يجعل الإلغاء صريحا بدلا من أن يكون ضمنيا ، وهذه الصورة من صور الإلغاء لها أهميتها إلى جانب الصورة الأولى ، ذلك لأن التشريع السابق يلغى في هذه الحالة بأكمله ، بصرف النظر عن وجود التعارض أو عدم وجوده ، بمعنى أنه إذا كان التشريع القديم ينظم مسألة لم يتعرض لها التشريع الجديد فإنها مع ذلك تصبح ملغاة ، حتى ولو أنه لن يكون هناك تعارض بين قاعدتين ، وهذا بخلاف الصورة الأولى من صور الإلغاء الضمني ، إذ بالنسبة لها لا يلغى النص القديم ، نظرا لعدم وجود تعارض بين قاعدتين . (عبد الودود يحيى في المحاضرات التي تم إلغائها على طلبة كلية الحقوق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إن القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم شئون البعثات والأجازات الدراسية والمنح حدد بالباب الأول منه الغرض من البعثات وأنواعها وشروط الالتحاق بها وتكلم الباب الثاني عن المنح الدولية والأجنبية وشروط قبولها والاختيار لها ، وتحدث الباب الثالث عن الأجازات الدراسية والغرض منها ومدتها وشروط منحها ثم أورد بالباب الرابع أحكاما عامة تنطبق على البعثات والمنح والأجازات الدراسية ، ونص في المادة ٢٠

الواردة ضـــمن أحكام هذا الباب على لأن تقرر الجنة العليا للبعثات بناء على اقتراح اللجنتين القواعد المالية التي يعامل بمقتضـــاها أعضـــاء البعثات بجميع أنواعها الخارجية والداخلية والموفدون في أجازات دراسية أو الحاصلون على منح للدراسية أو التخصص ومن هذا يبين أن القانون المذكور يعد تشريعا خاصا انفردت نصوصه في قواعد متماسكة في ذاتها ، مما لا محل له معه لتطبيق قانون آخر في شـأن القواعد المالية التي يعامل بموجبها المبعوثون والموفدون في أجازات دراسية والحاصلون على منح للدراسة ، ولما كان الطالب قد منح أجازة دراسية بمرتب يصـرف له بالداخل للإفادة من إحدى منح التعاون الفرنسـي التدريبي وذلك تطبيقا لأحكام القانون المشار إليه ، فإن استناده الى لائحة بدل السفر والانتقال الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٤ لسنة ١٩٥٨ للمطالبة بنصف بدل السفر يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٦٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/٦/٨)

- والدستور هو صاحب الصدارة على ما دونه من التشريعات التي عليها النزول على أحكامه وبالتالي لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سـلطة أعلى أو أن تضـيف عليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السـلطة العليا أو من القانون ، وقد قضت محكمة النقض بأن " ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن " كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صـدور هذا الدسـتور يبقى صـحيحا ونافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدســتور " ، فحكمه لا ينصـرف بداهة إلا إلى التشـريع الذي لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة ونفاذ الدسـتور ذاته ، بغير حاجة إلى تدخل المشـــرع " (نقض ١٩٧٩/٢/١٥ س٣٠ ص٥٣٩) وبأنه " من المقرر أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل نصا تشريعيا وضعته سلطة أعلى أو أن تضيف إليه أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون وفي حدود هذا التفويض ، وإذ كان البيان المرافق للقانون رقم ١٠٠ لســنة ١٩٥٩ جزءا يتجزأ من ذلك القانون ، وكان قرار وزير الحربية رقم ١٢٢ لسنة ١٩٦٠ والمعمول به من تاريخ نشـره في ١٩٦٠/٢/١٨ قد تناول بالتعديل فئتى الرسـم الواردتين بالبيان المذكور عملا بالتفويض الخاص الذي منحه له القانون في المادة الأولى منه ، وفي حدود هذا التفويض ، فإنه لا يجوز التحدي بأن هذا القرار مفسـرا لأحكام القانون " (نقض ١٩٧٢/٣/٣٠ س٢٣ ص٦٠١ ، ١٩٦٧/٥/٢٥ س١٨ ص١١٢١) وبأنه " إِِذ كانت لائحة نظام العاملين بالشـركات التابعة للمؤسسات العامة الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ قد صدرت استنادا إلى الإعلان الدستوري بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا الصادر في ٢٧ من سـبتمبر سـنة ١٩٦٢ وكانت القرارات التي يصـدرها رئيس الجمهورية اسـتنادا إلى ذلك

الإعلان الدستوري يكون لها في موضوعها قوة القانون التي تمكنها من إلغاء وتعديل القوانين القائمة ، ومن ثم يكون للقرار الجمهوري رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ قوة إلغاء قواعد ونظم إعانة غلاء المعيشة المقررة بتشريعات سابقة بالنسبة للعاملين الخاضعين لأحكامه " (نقض ١٩٨٠/٣/١٥ طعن ٢٥ س٤٤ق) وبأنه " التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ، فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو أن تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون " (نقض ١٩٧٢/٥/١٨ س٢٣ ص٩٧١) وبأنه " وإن كانت المحاكم لا تملك إلغاء أو تعديل القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية إلا أن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية وإن كان لها في موضوعها قوة القانون التي تمكنها من إلغاء وتعديل القوانين القائمة ، إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين في حجية التشريع ، فيكون للقضاء الإداري بما له من ولاية الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أن يحكم بإلغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التي يقوم عليها ، ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع ، التي أقرها المجلس النيابي شأنها في ذلك شأن أى قرار آخر " (نقض ١٩٧٢/١٢/٢١ س٢٣ ص١١٩١) وبأنه " متى كان القرار بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، منعدما ، فإنه لا يصلح أداة لإلغاء أو تعديل قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن محاكمة القضاة وتأديبهم ، كما لا يصلح أساسا لصدور القرار الجمهوري رقم ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من عزل الطالب من ولاية القضاء ، وإذ كان قرار وزير العدل رقم ٩٢٧ لسنة ١٩٦٩ قد أنهى خدمته تنفيذا للقرار المشار إليه ، فإنه يتعين إلغاء هذه القرارات واعتبارها عديمة الأثر في هذا الخصوص " (نقض ١٩٧٢/١٢/٢١ س٢٣ ص١١٩١) وبأنه " الدستور هو صاحب الصدارة على ما دونه من التشريعات التي عليها النزول على أحكامه ، فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، والتشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا ، فإذا أورد الدستور نصا صالحا بذاته للأعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه " (نقض ١٩٨٠/١٢/٩ طعن ١٦٧٥ س٤٨ق)

- كما أن النص العام لا يلغى ضمنا النص الوارد في قانون خاص ، وقد قضت محكمة النقض بأن " إن ما أجازته المادة ٣٩٦ من قانون المرافعات السابق المعدلة بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٦ من استئناف الأحكام الصادرة بصفة نهائية من المحاكم الابتدائية بسبب وقوع بطلان

في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم لا يعتبر – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – اســـتثناء من حكم المادة ٤/١٥ من القانون رقم ١٢١ ســـنة ١٩٤٧ ، ذلك أن هذا القانون هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات ولا سبيل الى إلغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء ولا يستفاد هذا الإلغاء من نص المادة ٣٩٦ من قانون المرافعات بعد تعديله بالقانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٦٢ إذ المقصود بهذا التعديل – على ما أوضـحته المذكرة الإيضـاحية لهذا القانون – هو دفع اللبس الذي ثار حول معنى عبارة "بصفة نهائية" التي وردت بنص هذه المادة بعد تعديلها بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٦ ، فرأى المشرع أن تستبدل بها عبارة في حدود نصـابها الانتهائي ، حتى يوضـح أن المقصـــود بالنص هو اســـتئناف الأحكام الصـــادرة في حدود النصـــاب الانتهائي للمحكمة " (الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥) وبأنه " من المقرر وفق القاعدة العامة الواردة بالمادة الثانية من القانون المدني أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضـــوع الذي سـبق وإن قرر قواعده ذلك التشـريع وإذ كان الأمر العسـكري رقم ٨ لســنة ١٩٧٢ – مطروح والأمر العسـكري رقم ١٥ لســنة ١٩٧٣ كلاهما بمنزلة سـواء في مدارج التشريع وكان هذا الأمر اللاحق لم ينص صراحة على إلغاء الأمر السابق ، بل خلت نصوصه وحتى ديباجته البتة من أية إشارة إلى الأمر السابق ، وكان الأمر اللاحق إنما هو تشريع عام فيما انتظمه من أحكام في شأن دخول إقليم الدولة والخروج منه بعامة في حين أن الأمر العسكري رقم ٨ سنة ١٩٧٢ والصادر من محافظ مطروح بوصفه حاكما عسكريا لهذه المحافظة إنما هو تشـريع خاص مستقل بما انتظم من تجريم وعقاب ، ونطاقه مقصـور على محافظة مطروح ويعالج أو ضاعا خاصة بها لمكافحة التسلل في دائرة هذه المحافظة وحدها وبذاتها – عبر الحدود المصـــرية الليبية بخاصـــة وذلك لاعتبارات محلية قدرها هذا الحاكم العسكري المحلي حسبما ارتآه محققا للمصلحة العامة في دائرة محافظته بما ضمنه من عقوبة فبذلك بقى هذا التشـريع الخاص السـابق اسـتثناء من التشـريع العام اللاحق ماضـيا في تحقيق الغرض الذي سن من أجله لما هو مقرر من أن التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص الســابق بل يظل التشــريع الخاص قائما ، ومن ثم فإن الأمر العســكري رقم ٨ لســنة ١٩٧٢ مطروح يكون قد ظل قائما لم بلغ ضـــمنا بالأمر العســكري رقم ١٥ لســنة ١٩٧٣ " (الطعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٦/٤/١٢)

وقضت أيضا بأن " يعتبر التقنين المدني الشريعة العامة فتسود أحكامه سائر معاملات الناس على سبيل الدوام والاستقرار ، بحيث تعتبر النصوص المنظمة لعقد الإيجار هى الواجبة التطبيق

أصـــلا ما لم تطرأ ظروف معينة يرى المشـــرع معها ضـــرورة تعطيل بعض أحكامه أو إحلال تشريعات خاصة بديلا عنها ويعتبر القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمسـتأجرين تشـريعا خاصــا في طبيعته ونطاقه إذ خرج به المشـرع عن الأحكام العامة لعقد الإيجار ووضع لها أحكاما خاصة ، فرض بمقتضاها التزامات معينة على كل من المؤجر والمستأجر قصد بها من حرية المؤجر في تحديد الأجرة وفي طلب الإخلاء ، وقصر تطبيقه على الأماكن المشـــار إليها فيه ، وكان القانون الخاص لا يلغيه إلا قانون خاص مثله ولا ينسـخ بقانون عام ما لم يكن التشـريع الجديد الذي أورده الحكم العام قد أشـر بعبارة صـريحة الى الحالة التي كان يحكمها القانون الخاص ، وجاءت عباراته قاطعة في ســـريان حكمه في جميع الأحوال ومن ثم فإن القانون ١٢١ ســـنة ١٩٤٧ يظل نافذا وقائما حتى بعد صـــدور القانون رقم ١٣١ لسـنة ١٩٤٨ بشـأن القانون المدني ولا يسـوغ القول بأن القانون المدني قد نظم أحكام عقد الإيجار من جديد فيعتبر وفقا للمادة الثانية ملغيا لكل ما ســبقه من قوانين متعلقة بعقد الإيجار وبالعلاقة التي بين المؤجرين والمسـتأجرين ، لأن الأعمال التحضـيرية بهذا القانون صـريحة في الإبقاء على نصـوص قانون إيجار الأماكن بدليل حذف اللجنة التشـريعية لمجلس الشـيوخ للفقرة الثانية من المادة الثانية ســالفة البيان والتي كانت تقضـــي بإلغاء كل نص يخالف أحكام القانون المدني ، وبررت اللجنة هذا الحذف بأن المقصـــود هو الإبقاء على التشـــريعات الخاصـــة التي صدرت ا ستثناء من القانون المدني منشئة أو ضاعا دائمة أو موقوتة حتى لا ينصرف النص في عمومه إلى إلغاء هذه الأوضــاع الأمر الذي لا يدخل في قصـد المشــرع " ، مما مفاده أن المادة الثانية سالفة الذكر إنما قصد بها مجرد إحلال القانون المدني الحالي محل نصوص القانون المدني القديم الصادر في سنة ١٨٨٣ دون أن يستطيل إلى إبطال القوانين الخاصة ومن بينها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ إذ لكل من القانونين مجاله " (الطعن رقم ٨٣٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧) وبأنه " الأصل أن النصوص التشريعية تسري على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها ، وأن التشريع لا يجوز إلغاؤه إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا ، وإذ كانت الأحكام الواردة بالقرار الجمهوري رقم ٤٧٩ سنة ١٩٥٧ إنما يقصـر تطبيقها على فئة معينة هم رجال القضاء ومن في حكمهم الذين يستقلون لتشريح أنفسهم لانتخابات مجلس الأمة ، فإن صـــدور القانون رقم ٧١ لســـنة ١٩٦٤ الذي أعاد تنظيم منح المعاشـــات والمكافآت الاستثنائية أو زيادات في المعاشات للموظفين والمستخدمين والعمال المدنيين والعسكريين الذين انتهت خدمتهم في الحكومة أو الهيئات أو المؤسـسـات العامة ، أو لأسـر من يتوفى منهم ولغيرهم ممن يؤدون خدمات جليلة للبلاد ، وكذلك لأســـر من يتوفى في حادث يعتبر من قبيل الكوارث العامة والذي جعل الاختصــاص بالنظر في المعاشــات والمكافآت الاسـتثنائية للجنة المنصـوص

عليها فيه – لا يكون له ثمة أثر على قيام القرار الجمهوري الذي يســتند إليه الطالب ، ذلك أن التشريع العام لا ينسخ التشريع الخاص ، هذا الى أن القرار الجمهوري المشار إليه قد صدر في ظل القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ الذي حل محله القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٤ وللأحكام الواردة بكل منهما قوتها القانونية الملزمة في المجال المحدد لها ، ومن ثم فإن النص في القانون الجديد على إلغاء القانون القديم دون القرار الجمهوري رقم ٤٧٩ لســنة ١٩٥٧ يعتبر دليلا على أن ذلك القرار كان واستمر ولازال قائما نافذا بالنسبة لجميع الحالات التي تتسع لها نصوصه وأحكامه لعدم إلغائه صراحة أو ضمنا ، ويكون الوجه في الأخذ بهذا النظر أن المشرع قصد بإصدار هذا القرار التنظيمي حث رجال القضاء على الاستقالة من مناصبهم للتشريح لمجلس الأمة والمشاركة في الحياة السياسية للبلاد ، فقرر لهم التيسيرات الواردة به ، وجعلها حقا لهم يسمدونه من القانون مباشــرة دون توقف على مشــيئة أحد ، وذلك حرصــا منه على كرامتهم ومنعا للتفرقة بينهم " (١٩٧٢/٦/١ طلب ٤ لسنة ٣٩ق "رجال القضاء" – م نقض م) وبأنه " جرى قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم على أنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي لإفادة التملك بالتقادم الخمســي ذلك أن المالك الحقيقي لا يمكن اعتباره غيرا بالمعنى المفهوم لهذا اللفظ في باب تســجيل العقود الناقلة للملكية ، ولم يأت قانون التســجيل الصــادر في ١٩٢٣/٦/٢٦ بما يخالف هذا المبدأ فلا يزال عقد البيع معتبرا فيه من العقود الرضــائية التي تتم بالإيجاب والقبول ولا يزال تســجيله غير معتبر ركنا ضــروريا في وجوده القانوني ، وأن قانون التســجيل قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقود فإنه لم يلغ من أحكام القانون المدني إلا ما كان من مواده خاصا بذلك وليس منها أحكام لاكتساب الملكية بمضى المدة هذا علاوة على أن العقد الذي يحتج به لاكتســاب الملكية بالتقادم الخمســة باعتباره ســببا صحيحا لا ينقل ملكا حتى إذا سجل لأنه صادر من غير مالك فرضا ولأن العقد لا ينقل للمشتري أكثر من حقوق بائعه " (الطعن رقم ١٠١ لســنة ٣٣ق جلســة ١٩٦٧/١٢/٢٤) وبأنه " إن ما أجازته المادة ٢٢١ من قانون المرافعات من استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب بطلات في الإجراءات أثر في الحكم لا يعتبر استثناء من حكم المادة ٢٦ من القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر قبل تعديلها بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ والتي لا تجيز الطعن في الحكم الصــادر في التظلم من أمر تقدير الرســوم التكميلية ، لأن هذا القانون تشـريع خاص تضـمن النى على نهائية هذا الحكم في خصـوص تقدير الرسـوم بما يعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات فلا سبيل إلى إلغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء ، كما لا يســتفاد هذا الإلغاء من نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات المشــار إليها ذلك أن النص العام لا يلغى ضمنا النص الوارد في قانون خاص ومن ثم فلا مجال لإعمال حكم المادة ٢٢١ آنفة

البيان على الأحكام الصـــادرة في التظلم من أوامر التقدير طبقا لنص المادة ٢٦ المشـــار إليها ، وتظل كما وردت بنصها غير قابلة للطعن " (الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١١/٣)

- ولا يتتبع إلغاء قانوناً إلغاء لائحته التنفيذية ، وقد قضـــت محكمة النقض بأن " إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نظام قانوني جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام القانوني الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذا للقانون القديم ، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التي تتوافق مع القانون الجديد تبقى نافذة المفعول في ظل القانون الجديد ما لم ينص صـــراحة على إلغائها ، وإذ كان القانون الجديد لبلدية الإسكندرية رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ قد استبقى لها شخصيتها الاعتبارية العامة واختصاصها في تســيير النظام المالي للبلدية وحقها في تحصـــيل الإيرادات لمواجهة ما تؤديه من خدمات والإنفاق على المرافق العامة المنوط بها إدارتها والجهاز الإداري للمدينة ، فإن إلغاء الأمر العالي الصادر في سنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ لا يستتبع إلغاء اللوائح السابق صـدورها في ظل الأمر الملغي ، ومنها القرار الصـــادر في ١٩٤٢/١٠/٢١ بفرض رسـوم بلدية على محال الخمور ، إذ لم ينص فيه على إلغاء ما يتوافق مع أحكام القانون الجديد ، وإنما يبقى هذا القرار قائما حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه ، ويكون النعى عليه بعدم الدستورية غير جدي ، لأن الضرائب والرسوم المحلية لا يشترط أن يكون فرضها بقانون ، وإنما يكفي أن تصـــدر بناء على قانون " (نقض ١٩٧٣/٤/٢٦ طعن ١٢٢ س٣٨ق ، نقض ١٩٧٠/٦/٢ طعن ٥٢٣ س٣٥ق)

- وقت تحقق الإلغاء ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان مقتضى قاعدة شرعية الجريمة والعقاب أن القانون الجنائي يحكم ما يقع في ظله من جرائم ما لم يصدر تشريع لاحق أصلح للمتهم ، وكان مناط إعمال الأثر الرجعي للقانون الجنائي – بحسبانه أصلح للمتهم – أن يكون القانون الجديد قد ألغى القانون السابق صراحة أو ضمنا ، باعتبار أن هذه القاعدة تتصل بفض التنازع بين القوانين من حيث الزمان ، فلا مجال لإعمالها إلا إذا ألغى تشريع تشريعا آخر " ، وأضـاف الحكم نفسـه " من المقرر أنه لا يجوز إلغاء نص تشـريعي إلا بتشـريع لاحق له أعلى منه أو مساو له في مدارج التشريع ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشـــريع القديم أو ينظم صـــراحة على هذا الإلغاء أو يشـــتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " ، وأضاف الحكم نفسه " لما كان نص المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ المشار إليه ، على أنه " لا تسري أحكام القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، و١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام

الخاص بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصة بإيجار الأماكن الصـــادرة قبلهما على الأماكن التي لم يســبق تأجيرها ولا على الأماكن التي انتهت عقود إيجارها قبل العمل بهذا القانون أو تنتهي بعده لأى ســبب من الأســباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقا للقانون " ، ونص المادة الثانية منه على أن " تطبيق أحكام القانون المدني في شــأن تأجير الأماكن المنصــوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون خالية أو مفروشــة أو في شــأن اســتغلالها أو التصــرف فيها " ، يدلان – في صــريح لفظهما وواضــح دلالتهما – على أن المشــرع حدد نطاق تطبيق القانون رقم ٤ لسـنة ١٩٨١ على الأماكن التي لم يسـبق تأجيرها والأماكن التي انتهت عقود إيجارها قبل العمل بهذا القانون أو تنتهي بعده ، بما مفاده أنه اســتثنى الأماكن الخالية من المســتأجر وقت نفاذه أو التي تخلو بعد نفاذه من تطبيق أحكام قانونى إيجار الأماكن المشار إليهما وأخضع العلاقات الإيجارية الجديدة وعقود الاســتغلال التي تتم بشــأنها بعد نفاذه لأحكام القانون المدني ، ولازم ذلك أن أحكام القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تظل سارية بجميع نصوصها ، المدنية والجنائية على العلاقات الإيجارية القائمة والتي أبرمت في ظل هذين القانونين قبل العمل بأحكام القانون رقم ٤ لسـنة ١٩٩٦ ، ومن بينها النصـوص التي أثمت تقاضـي مقدم إيجار يزيد عن المقرر قانونا ، ذلك أن القانون الأخير ، إذ يؤكد استمرار سريان أحكام القانونين المذكورين على تلك العلاقات الإيجارية ، لم يتضمن نصا بإلغاء أى من نصوص التجريم فيهما أو يعدل في أحكامها ، ولا يقدح في ذلك ما نصــت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٤ لســنة ١٩٩٦ بإلغاء كل نص في أى قانون آخر يتعارض مع أحكامه إذ أن أحكامه لا تنطبق إلا على عقود إيجار الأماكن الخالية أو التي تخلو بعد نفاذه ، وهى التي أخضعها دون غيرها لأحكام القانون المدني وحده ، فألغى تطبيق أى قانون آخر في شــأنها ، ومن ثم فإن الجرائم التي وقعت طبقا لنصــوص القانونين رقمى ٤٩ لســنة ١٩٧٧ ، و١٣٦ لســنة ١٩٨١ تظل قائمة ، خاضــعة لأحكامها ، حتى بعد صــدور القانون رقم ٤ لســنة ١٩٩٦ والعمل بأحكامه ، ولا يمتد إليها أحكام هذا القانون بأثر رجعي لتخلف مناط إعمال هذا الأثر على ما سلف بيانه " (الطعن رقم ١١٨٣٨ لسـنة ٦٠ق هيئة عامة جنائي جلسـة ١٩٩٧/٤/١٣) وبأنه " من المقرر في قضـاء هذه المحكمة أن الشـارع إذا رأى إلغاء القاعدة المقررة بقانون فإن ذلك لا يبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة على هذا الإلغاء بل هو تأكيد بالتزام العمل بها في النطاق المنصوص عليه بالتشــريع الســابق لما كان ذلك ، وكانت المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لســنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية قبل تعديلها بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ تنص على أنه " يلزم المدعى بأداء كامل الرســوم المســتحقة كما يلزم بدفع الباقي منها عقب

صدور الحكم ولو استؤنف ومع ذلك إذا صار الحكم انتهائيا جاز لقلم الكتاب تحصيل الرسوم المستحقة من المحكوم عليه " ، وكان القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ الذي عدل هذه المادة فيجعل الرسوم التزاما على الطرف الذي ألزمه الحكم بمصروفات الدعوى لا يسري على أمرى تقدير الرسوم موضوع النزاع لأن هذا القانون لا يعمل به إلا من يوم ١٩٩٥/٣/٨ وهو اليوم التالي لتاريخ نشره والثابت من الأوراق أن الاستئناف الصادر بشأن هذين الأمرين في رفع قبل هذا التعديل " (الطعن رقم ١٥٥١٢ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٣/٢٧)

- والاستدراك لا ينال من النص القانوني الذي يتعين إعمال أحكامه ، وقد قضت محكمة النقض بأن " الاستدراك الذي ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون ، هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى ما يكون قد اكتنف النص الأصلي من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها ويعتبر التصويب عندئذ جزءا من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته ، فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير في النص المنشور لفظا ومعنى فهو تعديل له من جهة لا تملكه لا يجوز إلا بصدور قانون آخر ولا ينال من النص الأصلي الذي يتعين إعمال أحكامه " (نقض ١٩٨٢/١/٣ طعن ٣٩٣ س٤٦ق ، نقض ١٩٦٦/١/١٨ س١٧ ص٢٧)
- أثر إلغاء القانون المحال إليه : القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه في قانون آخر ، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحى منه يسري بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلا . أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر ، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددا في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير .

وقد قضت محكمة النقض بأن " حينما يحدد القانون نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه في قانون آخر ، فإنه يكون قد ألحق هذا البيان ضمن أحكامه فيضحى جزءا منه يسري بسريانه دون توقف على استمرار القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلا ، وكانت المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري على السيارات قد أحالت في تحديد من يشملهم الى (الأحوال المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥) فإن إلغاء هذا القانون بقانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ لا اثر له على اعتبار البيان الوارد بتلك المادة جزءا من المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ يسري بسريانها دون توقف على بقاء العمل بالقانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ " (الطعن رقم ٩٨١ ٥٨ق "هيئة عامة" جلسة ١٩٩١/١/٣١) وبأنه " المقصود بالقوانين المعدلة للاختصاص في معنى

المادة الأولى من قانون المرافعات هى تلك التي لا تغير الولاية القضائية أو الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي دون القوانين التي تلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء ، فإن هذا الإلغاء يحدث أثره حتما بمجرد نفاذ القانون ما لم ينص على غير ذلك " (نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س٢٧ ص١٥٩٤) و بأنه " القانون حيذما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان بعينه في قانون آخر فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه فهو يضحى جزءا منه يسري بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلا . أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددا في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير " (الطعن رقم ١٨٢٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩) وبأنه " لما كانت المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات تنص على أنه " يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أة من أى إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارات إذا وقعت في جمهورية مصر العربية وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٥٥ " ، ومن ثم يكون قانون التأمين الإجباري – وعلى ما جرى يع قضاء هذه المحكمة – قد ألحق بحكم المادة الخامسة ذات البيان الوارد بالمادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد التأمين فلا يتأثر بقاء هذا البيان الوارد بإلغاء قانون المرور المذكور بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ – المنفذ اعتبارا من ١٩٧٤/٢/٢٣ والذي وقع الحادث في ظله وبالتالي يظل الوضع كما كان عليه قبل صدوره " (الطعن رقم ٥٦٨ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٦)

- أثر إلغاء النص الذي أحال إليه قانون قائم ، وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر في قضاء النقض أن القانون حيذما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة الى بيان محدد بعينه في قانون آخر ، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحى هذا البيان جزءا من يسري بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلا . أما إذا كانت الإحالة مطلقة الى ما يبينه أو يقرره قانون آخر ، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددا في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير " (نقض ١٩٨٢/١٢/٢٦ طعن ٢٣١٠ س٥١ق ، نقض ١٩٨٤/٢/٢ طعن ١١٢ س٥٣ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦ طعن ٢٩٦ س٥٥ق ، نقض ١٩٨٦/٣/٣٠ طعن ٢٣٨٩ س٥٢ق ، نقض ١٩٨٨/٣/٣١ طعن ٢١٠٤ س٥٤ق) و بأنه " القانون حيذما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه في قانون آخر فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحى جزء

منه يسـري بسـريانه دون توقف على سـريان الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصـلا ، أما إذا كانت الإحالة مطلقة الى ما يبينه أو يقرره قانون آخر فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددا في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك القانون المحال إليه بمـا في ذلـك مـا قـد يطرأ عليـه من تعـديـل أو تغيير " (نقض ١٩٨٣/٣/٢٩ طعن ١٨٢٧ س٤٩ق) وبأنه " إن القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد في قانون آخر فإنه – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – يكون قد ألحق ضـــمن أحكامه فيضـحى جزء منه يسـري بسـريانه دون توقف على سـريان القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلا " (نقض ١٩٨٤/٤/٤ طعن ٢٤٢ س٥٢ق) وبأنه " وإذ كانت المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لســنة ١٩٥٥ بشــأن التأمين الإجباري على الســيارات تنص على أن " يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو أية إصابات بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت في جمهورية مصر وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون ٤٤٩ لســـنة ١٩٥٥ فمن ثم يكون قانون التأمين الإجباري على الســـيارات المذكورة قد ألحق بحكم المادة الخامسة منه ذات البيان الوارد بالمادة ٦ من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين فلا يتأثر بقاء هذا البيان بإلغاء قانون المرور المذكور وبالتالي يظل الوضـــع على ما كان عليه من أن التأمين الإجباري على الســيارة الخاصــة (الملاكي) لا يشـمل الأضـرار التي تحدث لركابها ولا يغطي المسـئولية المدنية عن الإصـــابات التي تقع لهؤلاء الركاب " (نقض ١٩٨٤/٢/٢ طعن ١١٢ س٥٣ق ، نقض ١٩٨٣/٥/١٨ طعن ٩٩٢ س٥٢ق ، نقض ١٩٨٢/١١/٢٣ طعن ٣٢٣ س٤٩ق) وبأنه " حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة الى بيان محدد بعينه في قانون آخر ، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضـمن أحكامه هو فيضـحى جزء منه يسـري بسـريانه دون توقف على سيران القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلا ، أما إذا كانت الإحالة مطلقة الى ما يبينه أو يقرره قانون آخر كان مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضـــمين أحكامه أمرا محددا في خصـــوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما قد يطرأ عليـه من تعـديـل أو تغيير " (نقض ١٩٨٢/١١/٢٣ طعن ٣٢٣ س٤٩ق ، نقض ١٩٨٤/٢/٢ طعن ١١٢ س٥٣ق)

- وعند تعارض قانونين خاصـين يتعلقان بالاختصــاص بالنسـبة لنوع المنازعة وصــفات الخصوم يتعين تغليب القانون الذي يعتد بصفات الخصوم ، وقد قضت محكمة النقض بأن " حيث يثور التعارض بين قانونين خاصين قائمين يحدد كل منهما – خروجا على حكم القواعد العامة – اختصــاصــا ولائيا لجهة قضــائية محددة انفراد بنظر منازعات معينة ذات طبيعة

خاصة بحسب نوعها أو بحسب صفات أطراف النزاع فيها ، فإنه يتعين تغليب القانون الذي يعتد بصفات الخصوم باعتبار أن القانون الذي يحدد الاختصاص تبعا لنوع المنازعة وإن كان قد خرج على حكم القواعد العامة بما يجعله خاصـا ، إلا أنه يكون في واقع الأمر قد وضـع قاعدة عامة بالنسبة لهذا النوع من المنازعات يسري على الكافة دون نظر لصفاتهم ، فيكون في هذه الخصـوصـية أعم من القانون الآخر ، ويكون ما أتى به القانون الأخير ما هو إلا اسـتثناء على تلك القاعدة ، فأضـحى بذلك أخص من القانون الأول ومن ثم واجب الاتباع " (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٧٩ق جلسة ١٩٨٢/٣/٢٥)

﴿ المــــادة ٣ ﴾

"تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٣ من التقنين المدني السوري ، المادة ٣ من التقنين المدني الليبي ، المادة ٩ من التقنين المدني العراقي ، المادة ١٢ من التقنين المدني السوداني .

﴿ الشـــرح ﴾

- حساب المواعيد في ظل القانون السابق بالتقويم الهجري : في ظل القانون المدني السابق كانت تحسب المواعيد بالتقويم الهجري ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن " والقاعدة في حساب التقادم – فيما قبل القانون المدني الجديد المعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر سـنة ١٩٤٩ – أنه ما لم ينص القانون على حسـاب التقادم بالتقويم الميلادي فإن المدة تحتسـب بالتقويم الهجري ، وإذن فإنه لما كانت المادة ٢٤ من القانون ٤٤ سـنة ١٩٣٩ قد نصـت على أنه " يسـقط حق الخزانة في المطالبة بدفع الرسـوم المسـتحقة والتعويض المدني بمضـى خمس سـنوات من اليوم الذي اسـتعملت فيه الورقة الخاضـعة للرسـم ويسقط الحق في طلب رد الرسوم المحصلة بغير حق بمضـى سنتين ، ولم تذكر هذه المادة أن الخمس سنوات التي يسقط حق الخزانة في المطالبة بالرسوم بعد مضيها ميلادية ، وكانت الرسوم المطالب بها في واقعة الدعوى مسـتحقة عن مدة سـابقة على العمل بالقانون المدني الجديد ، فإن هذه الخمس سـنوات يتعين أن تحسـب بالتقويم الهجري . (الطعن رقم ١١١ لسـنة ٢٥ق جلسـة ١٩٥٩/١٢/٣)

- احتسـاب المواعيد بالتقويم الميلادي في ظل القانون المدني الجديد : اعتبارا من تاريخ العمل بالتقنين المدني الجديد في ١٩٤٩/١٠/١٥ تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ما لم يرد نص

خاص بخلاف ذلك ، وتحسب السنة ٣٦٥ يوما ، والمواعيد الواردة بالتقنين المدني إنما تقدر باليوم أو الشهر أو السنة ، ولا يحسب ضمن الميعاد يوم حودث الأمر المعتبر في نظر القانون مجريا للميعاد ، وإنما يحسب من اليوم التالي . (م١/١٥ مرافعات)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر في حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجريا للميعاد فإذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد ، وتتبع تلك القاعدة التي أوردها المشرع في المادة ١٥ من قانون المرافعات في احتساب جميع المواعيد في سائر فروع القانون كما تتبع أيضا في حساب المدد والآجال على سبيل القياس ، فإذا كان الأجل محددا بالأيام أو بالشهور فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر مجريا للأجل ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهي بنهاية اليوم المماثل له في الشهر الذي ينتهي فيه الأجل ، وإذ كان أجل الوقف ستة شهور قد بدأ بصدور الحكم بالوقف في ١٩٧٣/١/٢٠ فإنه يبدأ من نهاية ذلك اليوم وينتهي بنهاية اليوم المماثل له في الشهر السادس أى بنهاية يوم ١٩٧٣/٧/٢٠ ، ويبدأ ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية الأجل بيوم ١٩٧٣/٧/٢١ وينتهي بنهاية يوم ١٩٧٣/٧/٢٨ ، وإذ كان إعلان صحيفة التعجيل للهيئة المطعون ضدها قد تم في ١٩٧٣/٧/٢٩ فإنه يكون قد تم بعد انقضاء ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية أجل الوقف " (الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

- التقويم في التشريعات الجنائية : يعمل بالتقويم الميلادي أيضا في نطاق التشريعات الجنائية ، فهو الأصل لأنه في الغالب الأعم هو التقويم الأصلح للمتهم ، كما نصت المادة ٥٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية على أن " جميع المدد المبينة في هذا القانون تحسب التقويم الميلادي" ، ومن الأمثلة التي يكون التقويم الميلادي في صالح المتهم ما تنص عليه المادة ٦٤ من قانون العقوبات من أنه " لا تقام الدعوى على الصغير الذي لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة " ، فيكون احتساب السن بالتقويم الميلادي أصلح للمتهم لأن التقويم الهجري يسبق التقويم الميلادي ، غير أنه في الحالات التي يكون فيها التقويم الهجري أصلح للمتهم فإنه يؤخذ بهذا التقويم الميلادي ، ومثال ذلك أن المادة ١/٢٦٨ من قانون العقوبات التي تعاقب على هتك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو الشروع في ذلك بالسجن المشدد من ثلاث سنين إلى سبع وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة ست عشرة سنة كاملة ، يجوز إبلاغ مدة العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للسجن المشدد . فإذا احتسبنا سن المدني عليه بالتقويم الهجري لكان ذلك أصلح للمتهم لأن التقويم الهجري – كما ذكرنا – يسبق التقويم الميلادي ،

ومن ثم يؤخذ في عقوبة هذه الجريمة بالتقويم الهجري . (د/ محمود مصطفى ، مرجع سابق ص٣٥٧ ، المستشار / عزمي البكري ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " وحيث إنه يبين من الإطلاع على حكم محكمة أول درجة المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه ، أنه احتسب سن المدني عليها بالتقويم الميلادي على أساس ما ثبت لديه من قسيمة زواجها من أنها من مواليد ٥ فبراير سنة ١٩٤٨ وأن الطاعن قد اقترف ما أسند إليه منذ زواجه بها بتاريخ ٧ من أكتوبر سنة ١٩٦٥ ، وخلص إلى أن المدني عليها لم تبلغ من السن ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة وقت وقوع الحادث . لما كان ذلك ، وكانت المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات إذ سكتت عن النص على التقويم الذي يعتد به في احتسب عمر المدني عليها ، في الجريمة المنصوص عليها فيها – وهو ركن من أركانها – فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجري الذي يتفق مع صالح المتهم أخذا بالقاعدة العامة في تفسير القانون الجنائي ، والتي تقضي بأنه إذا جاء النص العقابي ناقصا أو غامضا فينبغي أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضد مصلحته ، وأنه لا يجوز أن يؤخذ في قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم ، لأنه من المقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه القاعدة القانونية – التي تعتبر أصلا هاما من أصول تأويل النصوص العقابية – فإنه يكون معيبا بالخطأ في تأويل القانون . لما كان ذلك ، وكان احتساب عمر المجني عليها بالتقويم الهجري على أساس تاريخ ميلادها الثابت في قسيمة زواجها والذي لم تجادل فيه ، يجعل سنها وقت وقوع الفعل الذي نسب إلى الطاعن مقارفته يزيد عن ثماني عشرة كاملة مما لا يتوافر معه أحد أركان الجريمة ، فإن هذا الفعل يصبح غير معاقب عليه ويتعين لذلك نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن " (الطعن رقم ١٧٧٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٤) وبأنه " وحيث إنه يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه عرض لدفاع الطاعن من أن المجني عليها بلغت وقت وقوع الفعل المسند إليه ثماني عشرة سنة هجرية ورد عليه بقوله " إن الأصل في تحديد السن الذي يعول عليه هو بالتقويم الميلادي ما لم يرد نص خاص مثل النص الوارد بالمادة ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل ...." ، ثم احتسب سن المجني عليها بالتقويم الميلادي على أساس ما ثبت من تحقيقات النيابة أنها من مواليد ١ أكتوبر سنة ١٩٧٢ وأن الطاعن قد اقترف ما أسند إليه خلال شهر يوليو سنة ١٩٩٠ ، وخلص الى أن المجني عليها لم تبلغ من السن ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة وقت وقوع الحادث . لما كان ذلك ، وكانت المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات إذ سكتت عن النص على التقويم الذي يعتد به في احتساب عمر المجني عليها ، في الجريمة المنصوص عليها فيها – وهو ركن من أركانها – فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجري الذي يتفق مع صالح المتهم أخذا بالقاعدة العامة في تفسير الهجري الجنائي ، والتي تقضي بأنه إذا جاء النص

العقابي ناقصا أو غامضا فينبغي أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضد مصلحته وأنه لا يجوز أن يؤخذ في قانون العقوبات بطريق القياس ضـــد مصـــلحة المتهم ، لأنه من المقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه القاعدة القانونية التي تعتبر أصلا هاما من أصول تأويل النصوص العقابية – فإنه يكون معيبا بالخطأ في تأويل القانون . لما كان ذلك ، وكان هذا الخطأ قد حجب المحكمة عن احتســـاب عمر المدني عليها بالتقويم الهجري على أساس تاريخ ميلادها الثابت بدليل معتبر قانونا وكان الحكم المطعون فيه وإن أشار إلى ســـن المجني عليها الثابت بتحقيقات النيابة إلا أنه لم يبين المصـــدر الذي نقلت عنه تحقيقات النيابة هذا السن مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها بالحكم وأن تقول كلمتها فيما يثيره الطاعن من أن سن المجني عليها يزيد عن الثمانية عشر عاما وقت وقوع الفعل الذي نســب إليه أخذا بالتقويم الهجري . لما كان ما تقدم ، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والإحالة بغير حاجة إلى بحث باقي أوجه الطعن " (الطعن رقم ١٤١٢ لســنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٣/١٤)

﴿ المـــادة ٤ ﴾

من استعمل حقه استعمالا مشروعها لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٤ من التقنين المدني الليبي ، المادة ١/٧ من التقنين المدني العراقي .

﴿ الشـــرح ﴾

- تعريف الحق : من الصعب وضع تعريف جامع مانع الحق ، ولعل مصدر هذه الصعوبة ترج الى تعدد أنواع الحقوق ، واختلاف طبيعتهما ومضمونها تبعا لذلك مما يجعل أى تعريف للحق بصفة عامة قابل للنقد ، وأنه من الأفضل بدلا من الوقوف عند تعريف الحق دراسة أنواع الحقوق المختلفة ، وإذا كان لابد من وضع تعريف للحق فإننا نفضل تعريف الأستاذ الدكتور / أحمد سلامة للحق بأنه " استئثار بقوة القانون " ، على أن نفهم الاستئثار بالمعنى الذي أورده دابان أى الاختصاص بقيمة معينة ، وعلى أن يكون المقصود بإقرار القانون له أن القانون يبيح هذا الاستئثار ويعترف به ، أما الحماية القانونية فهى ليست عنصرا في تكوين الحق ، وإن

كانت ضرورية للمحافظة على الحق ومنع الاعتداء عليه . (الدكتور أحمد سلامة ، مرجع سابق ص١٣٧ وما بعدها)

- الخصائص المميزة للحق : للحق خاصيتان الأولى الاستئثار أو الاختصاص بشيء أو بقيمة والثانية الحماية وسوف نلقي الضوء عليهما على الترتيب التالي : الخاصية الأولى: الاستئثار أو الاختصاص بشيء و بقيمة : يعرف الحق على أنه استئثار ، والواقع أن هذا الاستئثار هو أهم ما يميز الحق ، إذ هو على أننا نرى قبل وضع تعريف للحق إبداء بعض الملاحظات على النظرية الحديثة التي قال بها دابان ، ثم تعرف الحق بعد ذلك مبرزين عناصـــره التي يتكون منها ، والواقع أنه يمكن ، في صـــدد ملاحظاتنا على نظرية دابان رد العناصـــر الأربعة التي تتحلل إليها فكرة الحق الى عنصـــرين أســـاســـيين يقوم عليهما تعريف الحق : أولهما هو الاستئثار بما يتبعه من تسلط ، أى الاستئثار مع مظهره أو نتجيته الحتمية وهو التسلط ، وهذا ما يعبر عنه دابان نفســه بعبارة appartenace maitrise والثاني ، هو عنصـــر الحماية القانونية ، وهذا ما يقره صاحب النظرية نفسه ، إذ يرى أنه يوجد عنصران أساسيان بالنسبة للحق ، ويضع الاستئثار والتسلط في جانب وينظر إليهما من ناحية صاحب الحق ، ويسمى هذا بالعنصـر الداخلي interne إذ أن الاسـتئثار هو سـبب التسـلط ويؤدي إليه ، باعتبار أن الشيء أو القيمة تتبع الشخص أو تخصه ، فتكون له عليها السلطة ، فالتسلط لا ينفصل عن الاستئثار ، وهو معاصر له ، وهما يحددان طبيعة الحق من ناحية صاحبه (جميل الشرقاوي ، أحمد ســلامة ، المرجعان الســابقان) ومرادف للحق ، يعني طل معناه ، كما يقول البعض (جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ص٢٥) هذا الاستئثار يقتضي وجود شخص يستأثر بشيء أو بقيمة ، وتكون له ميزات ينفرد بها دون غيره من الناس على ما تخوله هذه القيمة أو ذلك الشــيء ، فهو ينفرد دون غيره من الناس بالفائدة التي يعطيها له الشــيء أو القيمة ، أى أن له من وراء ذلك مصــلحة معينة ، والميزة التي يخولها له اســتئثاره إنما هى مصــلحة له ، هى الغاية أو الهدف منه ، فالغاية من الاستئثار هى تحقيق مصلحة أو منفعة أو فائدة لمن يثبت له الاســتئثار فالحق يفترض دائما – وجود مركز ممتاز لشــخص بالنســبة للآخرين ، أو بمعنى آخر يقوم على أســاس من عدم التســاوي بين مراكز الأفراد ، فصــاحب الملكية مثلا (المالك) يكون له وحده الاستئثار أو الانفراد بالميزات التي يخولها له هذا الحق ، وهو ينفرد بذلك دود الآخرين (توفيق فرج ، مرجع ســابق) والدائن ينفرد وحده دون ســائر الناس بمطالبة المدين ، ولا يستطيع أحد أن يطالب بهذا الدين نفسه ... ومن هنا نستطيع أن نتبين أن من له الاستئثار قد يقوم بنفســه مباشــرة بما يخوله له اســتثاره بالحصــول على المزايا التي ينفرد بها ، وقد لا يحصــل على تلك المزايا مباشــرة ، وإنما عن طريق تدخل شــخص آخر هو المدين ، والأخذ

بتعريف الحق على أنه استئثار الشخص بشيء أو بقيمة على هذا النحو يؤدي بنا إلى القول بأنه ليس من المحتم أن توجد الإرادة لدى من يثبت له الاستئثار ، فقد يثبت لشخص لا تتوافر لديه الإرادة ، و هذا ما جعلنا نتلافى إبراز فكرة الإرادة في التعريف الذي أوردناه ، و بذلك يمكن تلافي ما وجه من نقد إلى مذهب الإرادة الذي قيل به من قبل في تعريف الحق ، وتبعا لذلك فإن الاستئثار يلبث لعديم الإرادة كالصغير غير المميز والمجنون ، ومن الثابت أن لهؤلاء الأشخاص حقوقا دون أن تكون لهم إرادة هذه الحقوق يباشرها عنهم شخص آخر ، لا تنصرف الآثار إليه ، وإنما تنصرف إلى الصغير أو المجنون ، كما أن الاستئثار قد يلبث – كما بينا من قبل – لشخص دون تدخل من إرادته ، كالغائب أو الوارث أو الموصى له وغيرهم ممن يترتب لهم حقوق دون تدخل من إرادتهم ، ثم إن الأخذ بفكرة الاستئثار هو الذي يفسر لنا كذلك ثبوت الحق بالنسبة للأشخاص الاعتبارية رغم عدم وجود إرادة لها ، ومن ناحية أخرى فإن التعريف يبرز لنا أن الاستئثار بنصب على شيء أو قيمة ، والأشياء التي تكون موضوعا للاستئثار أو للحق ، قد تكون أشياء مادية كحق الملكية ، كما قد تكون أشياء معنوية كحق المؤلف والمخترع ..... والقيم التي يرد عليها الاستئثار كذلك قد تكون من القيم التي تقدر تقديرا اقتصاديا ، وقد لا يكون لها تقدير اقتصادي مثل القيم اللصيقة بالشخص ، كما قد تكون أداءات يقوم بها الغير ، ويختلف مدى مت يخوله الاستئثار على الأشياء أو القيم من سلطات ، فقد يخول سلطات واسعة ، كما في حق الملكية ، وقد يضيق نطاق تلك السلطات ، كما في الحقوق الأخرى ، كحق الدائنية ، حيث تتحدد سلطات الدائن قبل المدين ، إذ لا يستطيع أن يتصرف فيه ويتحكم في مصيره إذا لم يقم بالوفاء بالدين ، لأن مسئولية المدين لم تعد تقع على شخصه كما كان الحال فيما مضى ، وإنما تنحصر مسئوليته فقط في ذمته المالية ، وللدائن سلطة فقط بالنسبة للدين ، فله أن يطالب به بنفسه أو ينقله الى آخر ، أو يبرئ المدين منه نهائيا .... فسلطته إذن قاصرة على الدين نفسه ، ويضيق نطاق مدى ما يخوله الاستئثار من سلطات في نوع آخر من الحقوق وهى التي تتعلق بالقيم اللصيقة بالشخص ، إذ يقتصر الأمر بالنسبة لها على استعمالها فقط ، دون إمكان التصرف فيها ، فليس للإنسان أن يتصرف في حريته أو في حياته . (توفيق فرج ، مرجع سابق) الخاصية الثانية : الحماية القانونية : ولكى يستطيع من يثبت له الاستئثار على النحو السابق ، وهو صاحب الحق ، التمتع بالسلطات التي يخولها له استئثاره ، فلابد من منع الغير من التعرض له وإلزامهم بالامتناع عن كل ما من شأنه الإضرار به في استئثاره ، وهذا هو ما يطلق عليه الفقه العنصر الخارجي ، وهو يتلخص في وجود الغير ضرورة احترامهم لاستئثار صاحب الحق ، وتعد هذه الفكرة عنصرا جوهريا في الحق ، إذ لا يكفي أن يكون هناك شخص يستأثر بشيء أو بقيمة أو

بميزات معينة في مواجهة الآخرين ، وإنما ينبغي أن يمكن من إزالة كلما يقع من جاب الآخرين ويكون من شأنه أن يعوق استئثاره ، أى يمكن من المطالبة باحترام حقه من الغير ، ينبغي أن يكون له رد أى اعتداء أو تعرض من جانبهم ، وذلك طبقا لما يقضـــي به القانون ، فيتعين إذن أن يحمي القانون استئثار صاحب الحق ، ألا لا يكفي أن يثبت له الاستئثار فقط بما يخوله من سلطات ومزايا ، لأن الشخص قد يستأثر بالشيء ، و ضع ذلك لا يكون صـاحب حق ، حيث تنحسر عنه الحماية القانونية كالمغتصب والسارق مثلا ، إذ في هذه الحالة يكون لكل من المغتصب والسارق الإمكان المادي أو الاستئثار الفعلي على الشيء ، ولكن ليس له الإمكان القانوني ، ومن هذا يبدو لنا أن الإمكان المادي أوســـع مدى من الإمكان القانوني ، وفي صدد هذه الناحية الثانية من التعريف ، وهى الخاصة بالحماية القانونية ، ينبغي أن نقول إن هذه الحماية تنصـرف إلى إقرار اسـتئثار صــاحب الحق ، وما يخوله هذا الاسـتئثار من ميزات ، فهى تتحقق عن طريق كفالة القانون للشـخص مباشـرة السـلطات اللازمة لتحقيق انفراده بالشيء أو بالقيمة ففي حالة الملكية مثلا ، إذا كان للمالك أن يستأثر بكافة المزايا التي يعطيها له حق الملكية ، فإن الحماية تتطلب تمكين هذا المالك من مباشرة كافة السلطات على ما يملك ، فيكون له أن يسـتغله وأن ينصـــرف فيه بالبيع أو بالهبة أو بغير ذلك من وســائل التصرف ، وإقرار القانون لاستئثار الشخص على هذا النحو يقتضب احترام الكافة لما يخوله الاستئثار من ميزات يتمتع بها الشخص في حدود القانون وفي حدود المصلحة المشروعة ، وإذا قلنا في حدود المصلحة المشروعة فإنه يتعين علينا أن نشير هنا إلى أن القانون إذ يضفي حمايته على من له الاستئثار ، فإن الهدف من هذه الحماية هو تحقيق مصلحة صاحب الحق ، لأن القانون يرى أن هذه المصـــلحة التي يســعى الشـــخص إلى تحقيقها جديرة بالحماية ، والمصـــلحة لا تكون جديرة بالحماية إلا إذا كانت متفقة مع المصـــلحة العامة ، فإذا كانت المصلحة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها مشروعة ، أى في حدود المصلحة العامة ، قامت الحماية القانونية ، أما إذا تعارضــت معها ، فإن حماية القانون تنسـحب وتتخلى عنها ، ومن جهة أخرى ينبغي أن يراعى في صـــدد الكلام عن الحماية القانونية أن القانون إذا كان يقر الاستئثار على النحو السابق ، فإنه يعطي لصاحب وسيلة الدفاع عنه ، ووسيلة الدفاع عنه لا تظهر إلا في حالة ما إذا وقع اعتداء عليه من الغير أو ما إذا كان هذا الاعتداء وشـيك الوقوع ، هذه الوسيلة هى الدعوى ، وقد تكون الدفع أمام القضاء . فلكى تثور هذه الناحية التي تتصل بوسيلة الحماية ينبغي أن يقع اعتداء على استئثار الشخص أو أن يكون هذا الشخص مددا في استئثاره بوقوع الاعتداء ، والواقع أن الحماية القانونية المقصودة في صدد تعريف الحق إنما هو الحماية بمعنى إقرار استئثار صاحب الحق ، أما الحماية في الحالة الأخرى عندما يصير

استئثار الشخص مهددا ، فإنها ليست إلا أثرا مترتبا على قيام حق يحميه القانون ، وطالما أن القانون يحمي من له الاستئثار ، فإنه يعطيه الوسيلة إلي هذه الحماية ، وهى الدعوى أو الدفع ، وبمعنى آخر أنه إذا كانت الحماية القانونية لازمة كعنصـــر في الحق فإنه ينبغي أن نفرق بصـددها بين حماية القانون بمعنى إقراره لاسـتئثار الشـخص وما يخوله هذا الاسـتئثار من ميزات ، وبين وسيلة الحماية وهى الدعوى . فالدعوى وسيلة الحماية ، وهى لا تعتبر عنصرا لازما لوجود الحق (جميل الشرقاوي ص٢٠٥ وقارن شمس الدين الوكيل ص١٦٣ ، وانظر مع ذلك ص١٦ ، ١٧ لنفس المؤلف ، وحسن كيرة ص٦٨ ، ٥٦٩ ، وأحمد سلامة ص٣٠ ، ٣١)

- أركان الحق على ضـوء التعريف السـابق : وعلى ضـوء تعريفنا السـابق نسـتطيع أن نتبين أركان الحق . فهناك أولا الاسـتئثار ثم الى جانب هذا الاسـتئثار هناك الحماية القانونية ، ولما كان الاستئثار يتطلب وجود شخص يستأثر في مواجهة الآخرين ، كما يستلزم أن ينصب على شـيء أو على قيمة ، أى ينصـب على محل معين ، فإنه يتضـح لنا أن للحق أركانا ثلاثة ، إذ ينبغي النظر إليه من ناحية الأشخاص ثم من ناحية محله هذا الى جانب ناحية الحماية القانونية .

- الفرق بين الحق والرخصة : أن المشرع المصري قد اتجه الى التفرقة بين الحق والرخصة ، وأن إسـاءة اسـتعمال الحق ترد على الحقوق دون الرخص ، فقد كانت المادة ٥ من المشـروع التمهيدي تنص على أن " الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويخص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة " ، وجاء في مذكرة المشـروع التمهيدي أن هذا النص يفرق بين الحق والرخصـة وأن التعسـف يرد على اسـتعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسـف في ترتيب مسـئولية من باشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك ... ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد ، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في طلاق زوجته . أما ما عدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز فرخص وإباحات ، كالحريات العامة وما إليها ، وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة الى فكرة التعسف فيها لتأيمن الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسئولية تتكفل بذلك على خير وجه (مجموعة الأعمال التحضـــيرية ، جزء أول ص٢٠١) وقد حذف نص المادة الخامسة السالفة الذكر ، ولكن حذفه لا ينتقص من دلالته على اتجاه المشرع ، لأن هذا الحذف

كان على اســاس اعتباره عملا فقهيا أكثر منه تشــريعيا . (حســن كيرة ، أصــول القانون ص١١٣٨)

- تعريف الرخص العامة : الرخصة العامة هى إباحة عامة تتيح لكل شخص حرية القيام بما لا يحرمه القانون كحرية السـير في الطريق العام وحرية الاتجار وحرية القول وحرية الالتجاء الى القضــاء بصـفة عامة (سـليمان مرقص ، مرجع سـابق ص٣١٠) فالرخص العامة على عكس الحقوق لا تفترض وجود روابط قـانونيـة بعـد بحيث تتفـاوت بشــأنهـا المراكز بين الأشخاص ، بل هى تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من ســلطات ، ولذلك فهى لا تعرف فكرة الاســتئثار أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة بالحريات أو الرخص العامة على قدم المســاواة ، غير أن الرخصــة العامة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصــطلاحي الدقيق ، وذلك إذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد ، إذ بمجرد وقوع هذا الاعتداء – وليس قبله – تنشــأ رابطة قانونية هى رابطة اقتضــاء تعطلا للمعتدي على حريته حقا في التعويض قبل المعتدي (حسـن كيرة ، مرجع سـابق ص٤٤٠ ، ٤٤١) ويذهب رأى في الفقه الى أن فكرة التعســف ترد على الانحراف في اســتعمال الحقوق ، وليس على الانحراف في اســتعمال الرخص العامة ، ويحكم الانحراف الانحراف في اســتعمال هذه الرخص فكرة الخطأ في نطاق المســئولية التقصــيرية (حســن كيرة ص٧٨٣ وما بعدها ، سليمان مرقص ص٣٣٦) ويستطرد أنصار هذا الرأى بأن المشرع المصري يأخذ بهذا النظر ، فقد كان المشــرع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضــمن نصــا يمهد للأحكام المتعلقة بالتعسـف في استعمال الحق بالتفرقة بين الحقوق وبين الرخصـة العامة إذ نصـت المادة (٥) منه على أن " الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة " ، - وقد جاء عن هذه المادة بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه " تفرق المادة (٥) من المشـروع بين الحق والرخصــة وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق ، فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك ... وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة الى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضــرر عن اسـتعمال الناس لها لأن أحكام المســئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه " ، وأن هذا النص وإن كان قد حذف ولم يظهر في التقنين ، فلا ينتقص ذلك من دلالته على اتجاه المشــرع لأن حذفه كان على أســاس اعتباره عملا فقهيا أكثر منه تشــريعيا (مجموعة الأعمال التحضــيرية ، الهامش ص٢٠١ ، حسـن كيرة ، مرجع ســابق ص٧٨٦) بينما ذهب رأى ثان الى نظرية التعســف في اســتعمال الحق تسـري على الحقوق

والرخص العامة على حد سواء (السنهوري ، مرجع سابق ص٧٠٢) إذ لا مانع من امتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص معا . فالمشرع عندما اشترط لمشروعية الحق أن يستعمل استعمالا لا ينطوي على تعسف فإنه قد وضع قاعدة تحدد التصرفات المشروعة سواء كانت هذه التصرفات قد حددت في نص أو في صورة حق بالمعنى الدقيق أم كانت من قبيل الحقوق العامة المعترف بها للكافة ، فالمشرع يستهدف إدخال نوع من الأخلاق في التصرفات القانونية ، فاستعمال أى حق سواء أكان خاصا أو عاما يؤدي الى حد ما الى الإضرار بالغير ولكن نظرا ن هذا الضرر لا يمكن تفاديه فهو يعتبر مشروعا ، ولكن المسئولية تنعقد منذ اللحظة التي يكون الاستعمال قد تم في ظروف غير مشروعية ، فلكل شخص أن يدخل في منافسة مع الغير ، فهذه رخصة أو حرية ، أى حق عام غير محدد ، ويعتبر استعمال تلك الرخصة مشروعا بالرغم من أنه قد يسبب بعض الأضرار للغير الذي يدخل معه في منافسة ولكن يعتبر استعمال تلك الرخصة منطويا على تعسف منذ اللحظة التي يستهدف فيها تحقيق مصلحة غير خلفية مثل الرغبة في تحطيم منافسه ، فالشخص الذي يستعمل رخصة ويسبب أضرارا مشروعة للغير يحميه القانون شأنه تماما شأن من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق ، ولكن متى كان الاستعمال قد تم في ظروف غير مشروعة فإن التعسف يوجد سواء بالنسبة للرخصة أم الحق ، فكما كفل القانون لهما الاستعمال المشروع فإنه يتدخل للحد من التعسف في استعمالهما . أما القول بأن قواعد المسئولية المدنية تغني عن نظرية التعسف في استعمال الحق فهو غير مقبول على أساس أن مثل هذا القول يصدق سواء بالنسبة للحق بالمعنى الدقيق أو الرخصة ، فإن كانت قواعد المسئولية المدنية لم تغن عن نظرية التعسف بصدد الحقوق فلا يضحى أدنى مبرر لكفايتها في صدد الرخص وعدم الحاجة الى نظرية التعسف ، ويضيف أنصار هذا الرأى أن الرأى الأول يرجع الى اعتبارات تاريخية تتصل بظهور فكرة التعسف في استعمال الحق . ففي بداية القرن التاسع عشر كانت الحقوق لا تخضع للرقابة في استعمالها ، فالرخص كانت تقبل التقيد على عكس الحقوق ، وعندما ظهرت من جديد نظرية التعسف بهدف التضييف وتقييد استعمال الحقوق لم تظهر الحاجة – لتطبيق قواعد المسئولية – لامتدادها الى نطاق الرخص ، وظاهر أن ذلك السبب عارض لا يتصل بجوهر نظرية التعسف ، وعند زوال هذه الظروف التاريخية فإنه لا يوجد أدنى مانع من تطبيق نظرية التعسف على الرخص . (حسام الأهواني ، مرجع سابق ص٣٨٣ وما بعدها)

وقد استقر قضاء محكمة النقض على ما ذهب إليه الرأى الثاني وقضت بأن " مؤدى المادة الخامسة من القانون المدني أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية

التي تنتظم جميع نواحي وفروع القانون والتعسف في استعمال الحق لا يخرج عن إحدى صورتين إما بالخروج عن حدود الرخصة أو الخروج عن صورة الحق ، ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي ، وتقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو من إطلاقات محكمة الموضوع متروك لتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها دون معقب عليها في ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضائها على أسبابا سائغة كافية لحمله ومؤدية الى النتيجة التي انتهت إليها ، وإذ استخلص الحكم في حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التي يرمى الطاعن الى تحقيقها استعمالا لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية في المبنى المؤجر بالإضافة أو التعلية – مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه – المستأجر من عيوب بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٥)

- أنواع الحقوق : لعله من المعتذر وضع حصر شامل لكافة الحقوق التي يشتمل عليها القانون الوضعي في أى دولة من الدول ، ذلك أن هذه الحقوق في تغير مستمر نتيجة لتغير النظام القانوني داخل الدولة ، ومع ذلك فهناك طائفة من الحقوق تمتاز بالثبات ولا يتناولها التغيير لأنها متصلة بالإنسان من حيث هو إنسان كالحق في الحياة ، والحق في الحرية على اختلاف مظاهرها ، وقد حاول الفقهاء وضع تقسيمات للحقوق ، وتصنيفها في مجموعات وقد اختلفوا في هذه التقسيمات نظرا لاختلاف الأساس أو المعيار الذي أقاموا عليه كل تقسيم من هذه التقسيمات ، فذهب بعض الفقهاء الى تقسيم الحقوق الى حقوق عامة وحقوق خاصة ، وهذا التقسيم نظير تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص بالحقوق العامة droits publice هى التي تكون للفرد قبل الدولة أو للدولة قبل الفرد أوق بل غيرها من الدول ، أو تكون ما بين الهيئات المختلفة التي تتكون منها الدولة وهذه الحقوق العامة ينظمها القانون العام بفروعه المختلفة (شفيق شحاتة ، محاضرات في النظرية العامة للحق ص١٧ ، ١٠٨) أما الحقوق الخاصة droit prives فهى التي تكون للأفراد قبل بعضهم البعض أو للأفراد قبل الدولة أو للدولة قبل الأفراد بصفتها ليست صاحبة سلطة عامة ، وقد انتقد هذا التقسيم على أساس أنه لم يأت بجديد أكثر من تقسيم القانون الى عام وخاص (أحمد سلامة ، مرجع سابق ص٢٥٣) وهناك تقسيم ثان للحقوق وهو تقسيمها الى حقوق سياسية droits politiques وحقوق غير سياسية أو مدنية driots civils ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التي تثبت للشخص بصفة عضوا في دولة معينة ومن ثم فهى تثبت للوطنيين دون الأجانب مثل حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية ، وحق قولى الوظائف العامة . أما الحقوق غير السياسية أو

المدنية فيقصد بها الحقوق التي تثبت للشخص بصفته إنسانا يحيا داخل الدولة كالحق في الحياة ، والحق في الحرية بجميع مظاهرها ، وحقوق الأسرة المختلفة والحقوق المالية ، وهذه الحقوق تثبت لجميع الأشخاص داخل الدولة سواء أكانوا وطنيين أو أجانب لأنها لازمة للشخص لمباشرة نشاطه العادي (عبد المنعم البدراوي ، مرجع سابق ص٤٥٢) وهناك تقسيم ثالث للحقوق وهو تقسيمها الى حقوق مطلقة driots absolus وحقوق نسبية driots relatifs ويقصد بالحقوق المطلقة تلك الحقوق التي يحتج بها قبل الكافة مثل حق الملكية ، أما الحقوق النسبية فهى التي يحتج بها قبل شخص معين أو أشخاص معينين مثل الحق الشخصي أو حق الدائينية ، وقد انتقد هذا التقسيم على أساس أن الحقوق جميعا يجب احترامها ومن ثم يحتج بها في مواجهة الكافة (أحمد سلامة ص٢٥٣ ، نعمان جمعة ، مرجع سابق ص٣٢٠ وما بعدها) وفي تقسيم رابع للحقوق تنقسم الحقوق الى حقوق مالية وحقوق غير مالية ، ويقصد بالحقوق المالية les droits patrimoniaux الحقوق التي يمكن تقديرها بالمال كحق الملكية وحق الدائينية وهذه الحقوق تدخل في دائرة التعامل وتسمى بالأموال ، كما أنها تمثل الجانب الإيجابي في الذمة المالية للشخص . أما الحقوق غير المالية les droits extra patrimoniaux فهى الحقوق التي لا يمكن تقديرها بالمال ، قبل الحقوق السياسية وحقوق الأسرة والحقوق العامة ، وهذه الحقوق غير المالية لا يصح التعامل فيها ، وبالتالي فإنها لا تدخل في دائرة التعامل ، ولا تعتبر من عناصر الذمة المالية ، وهناك بعض الحقوق لها طبيعة مزدوجة فهى مالية من جانب ، وغير مالية من جانب آخر مثال ذلك حق المؤلف على مصنعه فهذا الحق له جانبان : جانب مالي يتمثل في استغلال المؤلف لمصنفه استغلال مالي ، وجانب غير مالي أو أدبي يتمثل في اعتبار المصنف نتاج لشخصية المؤلف ومن ثم فإن هذا الجانب لا يقيم بالمال ، وهذه الحقوق التي لها طبيعة مزدوجة ويتمثل فيها الجانبان المالي وغير المالي تسمى بالحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية لأن محلها شيء معنوي من إنتاج الذهن مثل حق المخترع ، وحق الملحق وحق المؤلف ، ويلاحظ أن هذا التقسيم الأخير للحقوق الى حقوق مالية ، وحقوق غير مالية ، وحقوق ذهنية هو التقسيم السائد في الفقه – ويبدو أن التقنين المدني الحالي قد أخذ به إذ تنص المادة ٨١ منه على أنه " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصبح أن يكون محلا للحقوق المالية ، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وإما الخارجة بحكم القانون فهى التي لا يحيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية " ، كما تنص المادة ٨٦ منه على أن " الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة" ، ومن جهة أخرى فإن الحقوق المالية هو قوام التقنين المدني إذ أن المشرع بعد أن تكلم في باب تمهيدي

عن الأحكام العامة قسم التقنين المدني إلى قسمين رئيسيين : القسم الأول في الالتزامات أو الحقوق الشخصية ، واقسم الثاني في الحقوق العينية ، ومعلوم أن هذين القسيم هما فرعا الحقوق المالية .

- مصادر الحق : يستند الحق في وجوده إلى القانون ، وكل الحقوق مردها إلى القانون ، لأنه هو الذي ينظمها ويحميها ، وهى لا تقوم إلا استنادا إليه ، فالقانون هو مصدر كل الحقوق ، ولكن القانون على هذا النحو لا يعدو أن يكون المصدر البعيد لكل الحقوق ، وإنما يثور البحث في صدد الكلام من مصادر الحق عن المصدر المباشر أو القريب الذي يأتي منه الحق ، والذي يؤدي مباشرة إلى وجود حق معين لشخص معين ومنح بعض الحقوق لشخص دون الآخر . فإذا كان القانون هو المصدر غير المباشر أو البعيد لجميع الحقوق ، فإن المصادر التي تعرض لها في هذا المجال هى المصادر المباشرة ، والقانون قد يعتد بوقائع أو أحداث معينة فيرتب على تحققها وجود الحق ، هذه الوقائع أو الأحداث هى التي نقصدها في الكلام عن مصادر الحق ، وهى قد تكون من عمل الطبيعة ، أى تكون وقائع طبيعية يترتب على وقوعها قيام حق لشخص من الأشخاص أو تحمله بالتزام من الالتزامات ، وقد تكون هذه الوقائع أو الأحداث من صنع الإنسان فيرتب القانون عليها نشوء حق لشخص معين أو تحمله بالتزام ، والأحداث أو الوقائع التي يتدخل فيها الإنسان ويترتب عليها آثارها على هذا النحو قد تكون وقائع مادية ، كما قد تكون تصرفات قانونية ، فقد يتطلب القانون في بعض الأحيان أن يقوم الشخص بعمل معين ، فيرتب على هذا العمل آثارا قانونية ، وقد يرتب القانون هذه الآثار على مجرد اتجاه إرادة الشخص الى إحداثها ، وفي جميع هذه الحالات تعتبر الواقعة التي ترتب عليها الأثر ، سواء أكانت واقعة طبيعية أم فعل الإنسان أم اتجاه إرادته الى إحداث آثار معينة ، واقعة قانونية بالمعنى العام لهذه العبارة ، طالما كان القانون يعتد بها ويرتب عليها آثارا معينة والأثر الذي يرتبه القانون على الواقعة بصفة عامة قد يكون نشوء حق جديد ، أو قد يكون انقضاء حق قائم من قبل أو نقله من شخص الى آخر ، وفي الحالة الثانية تعتبر مصدرا لانقضائها أو لانتقاله ، وإذا كانت الواقعة القانونية بمعناها العام على النحو السابق هى كل حدث يرتب عليه القانون أثرا ، سواء أكانت من عمل الطبيعية أم من عمل الإنسان ، وسواء أكان عمل الإنسان عملا ماديا أم تصرفا إراديا ، إلا أنه قد اصطلح على تسمية الأحداث التي من عمل الطبيعية ، والأعمال المادية من عمل الإنسان بالوقائع القانونية . أما الأعمال الإرادية أو التصرفات الإرادية التي يقوم بها الإنسان فتسمى بالأعمال أو التصرفات القانونية ، والوقائع القانونية على هذا التحديد من حيث انصرافها الى الوقائع الطبيعية أو الأعمال المادية التي يقوم بها الإنسان هو الوقائع بالمعنى الضيق لهذه العبارة ، لأنها تنصرف

الى هاتين الفئتين فقط من الأعمال ، لا الى كل حدث يرتب عليه القانون آثرا معينا ، وبذلك يمكن رد المصادر المباشرة للحق الى مصدرين أساسيين هما الواقعة القانونية والتصرف القانوني ، على أن تنصرف الواقعة القانونية الى كل حدث من فعل الطبيعة أو فعل من أفعال الإنسان المادية ، وأن ينصرف التصرف القانوني الى اتجاه إرادة الإنسان الى ترتيب آثار قانونية . هذا ولما كان من يتقرر له حق لا يستطيع أن يستفيد من المكنات التي يخولها له حق إذا لم ينازعه فيه من يلتزم بالواجب المقابل له ، فإنه يلزم أن يكون بيد صاحب الحق الدليل على ما يثبت حقه إذا ما نازعه شخص آخر ، ولكى يثبت الشخص حقه يتعين عليه أن يثبت مصدر هذا الحق ، مصدره المنشئ والمصدر المنشئ لحق ، لا يعدو – كما قدمنا – أن يكون واقعة قانونية ، أو تصرفا قانونيا على النحو السابق ، وقد نظم القانون طرق إثبات الحق ، وهى تختلف باختلاف مصدره . (حسن كيرة ، أصول القانون ص١٠٣٧ ، السنهوري ، التصرف القانوني دروس القسم الدكتوراه ، بجامعة القاهرة ١٩٥٣ ، ١٩٥٤ ، توفيق فرج ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ستة أجزاء ١٩٦٧)

- صور التعسف في استعمال الحق : إن استعمال الحق استعمالا مشروعا متقيد بتحقيق مصلحة ، وهذا المعيار هو الذي يحدد القيود العامة التي ينبغي على صاحب الحق مراعاتها عند استعمال سلطاته ، وأنع يتعين وضع ضوابط محددة وهى الجدية والمشروعية ، فيتحقق التعسف إذا غدا استعمال صاحب الحق حقه ملتزما حدوده الموضوعية ، دون مصلحة تعود عليه من جزاء هذا الاستعمال ، ويتحقق التعسف أيضا إذا ما تحققت المصلحة ، ولكن تخلف ضابط الجدية في هذه المصلحة بأن كانت تافهة كذلك يتحقق التعسف إذا افتقدت المصلحة ضابط المشروعية . ففي كل حالة من هذه الحالات نكون أمام تعسف في استعمال الحق .
- ثلاث صور للتعسف :١- غيبة المصلحة في استعمال الحق .٢- تفاهة المصلحة في استعمال الحق .٣- عدم مشروعية المصلحة في استعمال الحق . الصورة الأولى : غيبة المصلحة في استعمال الحق : ينبغي عند استعمال الحق ، التقيد بتحقيق مصلحة معينة ، فليست الحقوق وسائل في ذاتها دون غاية معينة ، إنما هى وسائل لتحقيق المصالح ، ولهذا يعد تعسفا في استعمال حقه من يستعمل سلطاته دون أن يحقق من ورائها أية منفعة ، وذلك كالمالك الذي يقيم حائطا في حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له ، ويذهب جانب كبير من الفقه الى اعتبار هذه الحالة قرينة على ثبوت الخطأ في جانب صاحب الحق ، لأن استعمال الحق دون تحقيق مصلحة يعد قرينة على قصد الإضرار ، أو على انحراف صاحب الحق عن السلوك العادي وهو ما يحقق في جانبه الخطأ ، بمعياره الموضوعي ، ولهل هذا المعيار وهو (انعدام المصلحة في استعمال الحق) يعد معيارا سهل التطبيق إذ يسهل

على القاضي أن يبحث في نتائج وثمرة استعمال الحق ، فإذا انعدمت نتائجه أو مصلحته بالنسبة لصاحب الحق ، كان ذلك تعسفا في استعماله متى أصاب الغير بضرر ما . الصورة الثانية : تفاهة المصلحة في استعمال الحق : هذا المعيار قوامه الموازنة بين المصلحة التي عادت أو تعود على صاحب الحق أو غيره ممن يعنى به ، وبين الأضرار التي اصابت أو تصيب الغير ، فإذا رجحت المصلحة على الضرر ، كان استعمال الحق مشروعا وبمنأى عن التعسف . أما إذا رجحت الأضرار على المصلحة كنا أمام تعسف في استعمال الحق ، أيا كانت هذه الدرجة ، والمعيار هنا موضوعي ، قوامه معيار السلوك المألوف للرجل العادي ويندرج معها عدم الجدية ، فإذا كانت المصلحة غير جدية ، أى تافهة بالموازنة بينها وبين الأضرار التي تصيب الغير ، كان استعمال الحق تعسفا ، مثال ذلك من يزرع أشجار طويلة على حد البناء المجاور وكانت مصلحته تافهة بجانب ما أصاب جاره إذ ترتب على زراعتها أن الظلام غشى حجرات البناء . الصورة الثالثة : عدم مشروعية المصلحة : تتحقق حال قيام صاحب الحق باستعمال حقه في نطاق حدوده الموضوعية ، إلا أن المصالح التي تتحقق من جراء هذا الاستعمال مصالح غير مشروعة ، وعدم المشروعية وصف يلحق بالمصلحة بالنظر الى مناقضتها للقانون ، أو لغاية الحق ذاته ، أو لقواعد النظام العام والآداب ، والمشروعية هنا لا تحمل معنى محددا ، بل هى تطبيق لمعنى متغير ، إذ يختلف معنى المشروعية تبعا لاختلاف الزمان والمكان ، ولهذا لم يعن المشرع بتحديدها ، تاركا ذلك للفقه والقضاء ، والقضاء وإن كان له حرية واسعة في القول بوجود المصلحة في استعمال الحق أو في انتفائها وتقدير جدية المصلحة أو تفاهتها ، والقول بمشروعية المصلحة أو عدم مشروعيتها ، فإنه ليس له مطلق العنان في القول بذلك ، لأن سلطته دائما تجد حدها الطبيعي فيما تقرره قواعد القانون والنظم العام ، إذ أن سلطته التقديرية هذه تهدف الى الحفاظ على الحقوق الشخصية ، وعلى ذلك ينبغي أن تجد حدها الطبيعي في نصوص القانون ، فضلا عن وجود ثمة معايير عامة يستهدى بها القاضي عند القول بالتعسف ، خاصة عند الموازنة بين المصالح المتعارضة ، وقد تكفلت المادتان ٤ ، ٥ من القانون المدني ببيان مشروعية استعمال الحقوق والتعسف في استعمالها : (مادة ٤) : من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر . (مادة ٥) : يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . ب- إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ج- إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة . ويجمع الفقه على أن التعسف لا يعدو أن يكون تطبيقا للعمل غير المشروع ، او صورة من صور الخطأ وأنه يدخل في المسئولة

التقصيرية حتى ولو كان تعسفا متصلا بالتعاقد كرب العمل الذي أنهى عقد العامل بقصد الانتقام ، أو من تعسف في إنهاء عقد الشركة أو عقد الوكالة إذا لم تحدد المدة فيهما ، وقد اعتبر القضاء تعسفا المالك الذي استعمل حقه دون حيطة فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادي واضر بالجار ضررا بليغا . مثال ذلك ، من يبنى في أرضه فيخالف قواعد أصول البناء تقصيرا أو إهمالا فيضر بجاره وكذلك من يقيم في ملكه مدخنة تؤدي الجار ، وكان يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة في مكان آخر ، وكذلك الزوج الذي تجاوز حد الإيذاء الخفيف حين تأديبه لزوجته ، ذلك أن التأديب وإن كان مقتضاه إباحة الإيذاء إلا أنه لا يجوز أن يتعدى الإيذاء الخفيف ، فإذا تعداه فأحدث أذى بجسم زوجته كان معاقبا عليه قانونا حتى ولو كان الأثر الذي حدث يحسم الزوجة لم يزد عن سحجات بسيطة. (المستشار عز الدين الديناصوري ، مرجع سابق ، الدكتور عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، غانم ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادتين ٢٥ ، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم التي يجوز للنيابة العامة رغم الدعوى الجنائية عنها بغير شكوى أو طلب يعتبر حقا مقررا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ، ومن ثم فإن استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا تترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنكاية بمن أبلغ عنه أوص بت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط ، أما إذا تبين أن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذي أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه " (١٩٨٩/٢/٢٣ الطعون ١٦٩٧ ، ١٧٢٣ ، ١٧٦٠ ، ١٧٥٥ لسنة ٥٥ق) وبأنه " النص في المادة ١٠٢ من قانون المرافعات على أنه " يجب الاستماع الى أقوال الخصوم حال المرافعة ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها " ، وفي المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني على أنه – " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ....." وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ، يدل على أن حق الدفاع حق مشروع للخصم إلا أن استعماله له مقيد بأن يكون بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها والذود عنها فإن هو انحرف في استعماله عما شرع له هذا الحق أو تجاوزه بنسبة أمور شائعة لغيره ماسة باعتباره وكرامته كان ذلك منه خطأ يوجب مسئوليته عما ينشأ عنه من ضرر ولو كانت هذه الأمور صحيحة مادام الدفاع في الدعوى لا يقتضي نسبتها إليه ، ومن ثم فإنه يتعين لمساءلة الخصم مدنيا

عما يوجهه لخصمه من عبارات القذف والسب رفي الدفاع الشفوي والكتابي أمام المحاكم هو أن تكون هذه العبارات مما لا يستلزمها حق الدفاع ولا يقتضيه المقام وعلى محكمة الموضوع أن تعرض في حكمها لبحث ما إذا كانت هذه العبارات مما يقتضيه حق الدفاع أم لا وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور . لما كان ذلك ، وكان المطعون عليه قد أسس دعواه بالتعويض على سند من أن الطاعن قدم في الدعويين ... ، مذكرتين اشتملتا على توجيه عبارات قذف وسب له مما لا يستلزمه حق الدفاع إلا أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن هذه العبارات هى مما يستلزمه هذا الحق ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أعرض عن بحث هذا الدفاع على سند من القول بقيان المسئولية سواء كانت تلك العبارات مما – يقتضيه حق الدفاع من عدمه رغم أن دفاع الطاعن في هذا الشأن دفاع جوهري من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأى في الدعوى فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب بما يستوجب نقضه " (١٩٨٩/١/١٥ طعن ١٣٢ لسنة ٥٦ق) وبأنه " المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول وتنص المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدني على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، كما أن حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج ابواب القضاء تمسكا أو ذودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح الى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم " (١٩٨٢/١٢/٣٠ طعون ١٨٣٤ ، ١٨٤٩ ، ١٩٤٩ ، ١٩٩٩ لسنة ٥١ق) وبأنه " نصت المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدني على أن من استعمل حقه مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وكان حقا للتقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو ذودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح الى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في نسبة الخطأ الى الطاعن الى ما لا يكفي لإثبات انحرافه عن حقه المكفول في التقاضي والدفاع الى الكيد والعنت واللدد في الخصومة فإنه يكون فضلا عما شابه من القصور قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن ٤٣٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨) وبأنه " حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة فلا يكون من استعمله مسئولا عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير " (الطعن رقم ١٥١ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠) وبأنه " الأصل أن حق الالتجاء الى القضاء

هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة وأنه لا يترتب عليه المساءلة بالتعويض إلا إذا ثبت أن من باشـــر هذا الحق قد انحرف به عن جلب المنفعة لنفســه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه " (الطعن ٢٨٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٨/٤/٨) وبأنه " أن إقامة الطاعنين – المؤجرين – دعواهم بطلب إخلاء العين المؤجرة لتأجير ها بأكملها من الباطن على خلاف التصريح الصادر من المؤجر الأصلي بقصد الإذن للمستأجر بالتأجير على جزء منها يتم الاتفاق عليه بين طرفى العقد هو استعمال مشروع لحقهم في هذا الطلب ولا تعسف فيه – إذ ليس هناك ما يمنع قانونا من أن يتفق طرفا عقد الإيجار على تحديد نطاق الإذن بالتأجير من الباطن " (الطعون أرقام ١٤٣ ، ١٦٨ ، ١٧٠ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/٦/٢٨) وبأنه " إذا تمسك المستأجر بالبقاء في العين المؤجرة تنفيذا لعقد الإيجار ولم يرضخ لإرادة المؤجر في أن يستقل بفسخ العقد فإنه يستعمل حقا له استعمالا مشروعا ومن ثم فلا يمكن ن يتخذ من مسلكه هذا دليلا على التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ ، فإن دلل الحكم المطعون فيه على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ (بالامتناع عن الوفاء بالأجرة لقيام المؤجر بأعمال التعرض) بأنه لم يســتجب لرغبة المؤجر في إخلاء مســكنه وأصــر على البقاء وتنفيذ العقد فإن التدليل يكون فاســدا منطويا على مخالفة للقانون " (الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١) وبأنه " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن البند الثامن من عقد الإيجار الأصـــلي المبرم بين المطعون عليه الأول والمســتأجرة الأصــلية نص على عدم التأجير للغير ، وكان شــرط الحصــول على رضــا المؤجر بالتأجير من الباطن يلحق بالشـرط المانع المطلق في الأثر فلا يسـتطيع المسـتأجر إلا أن يصدع به دون أن يملك مناقشة السباب التي جعلت المؤجر يفرضه عليه ، طالما أجاز المشرع الشرط المانع مطلقا أو مقيدا فلا محل للقول بأن المؤجر يتعسف في استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضـاه المسـتأجر المتعاقد معه والذي لا يخوله حقه الشـخصـي في المنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له ، ويكون لا محل للقول يتعسـف المؤجر في اسـتعمال حقه متى قام سبب تمسكه بالشـرط المانع " (الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/٦/٦) وبأنه " حق التقاضــي حق عام مكفول للكافة فلا يجوز التنازل عنه ولا يعتد بهذا التنازل لمخالفته للنظام العام وإن جاز تقييده بمقتضـــى القانون أو بإرادة الأفراد " (الطعن رقم ٣٠ لســنة ٥٢ق جلســة ١٩٨٣/٥/٢٤) وبأنه " إذا تمســك المســتأجر بالبقاء في العين المؤجرة تنفيذا لعقد الإيجار ولم يرضخ لإرادة المؤجر في أن يستقل بفسخ العقد فإنه يستعمل حقا له استعمالا مشروعا ومن ثم فلا يمكن أن يتخذ من مسـلكه هذا دليلا على التعسـف في اسـتعمال الدفع بعدم التنفيذ . فإن دلل الحكم المطعون فيه على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ (بالامتناع عن الوفاء بالأجرة لقيام المؤجر بأعمال التعرض) بأن لم يســتجب لرغبة المؤجر في إخلاء مســكنه وأصــر على البقاء

وتنفيذ العقد فإن هذا التدليل يكون فاســدا منطويا على مخالفة للقانون " (الطعن رقم ٣٥٠ لســنة ٣٠ق جلسـة ١٩٦٥/١١/١١) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضـائه برفض دعوى الطاعنين بالتعويض عن فصـلهم من عملهم الى ما اسـتظهره من واقع النزاع المعروض من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إليهم وأنه كان مبررا بما صادف المعهد من صعوبات مالية اعترضــت ســبيل إدارته مما اضــطر المركز الرئيســي الذي يتبعه المعهد في خارج البلاد الى التقرير بغلقه نظرا لتعذر تمويله والإنفاق عليه في مصــر ، وإلى أن الطاعنين لم يقوموا بالتدليل على بطلان البواعث التي اقتضــت غلق المعهد ولذا كان القرار الصــادر بهذا الشــأن لا يتسـم بالتعسف في اسـتعمال الحق الموجب للتعويض وإذ كان تقدير مبرر الغلق وما اسـتتبعه من إنهاء عقود الطاعنين هو من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع قام قضاؤه على استخلاص سائغ ولا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أسـاس " (الطعن رقم ٣٢٥ لسـنة ٣٨ق جلسـة ١٩٧٤/٥/٢٥) وبأنه " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن البند الخامس من عقد الإيجار الأصــلي المبرم بين المطعون عليهما نص على عدم جواز التنازل عن الإيجار للغير لأى ســبب من الأســباب بدون إذن كتابي من المالك المؤجر وإلا اعتبر عقد الإيجار باطلا ، وكان شـرط الحصـول على رضـاء المؤجر بالتنازل عن الإيجار يلحق بالشـرط المانع المطلق في الأثر فلا يسـتطيع المسـتأجر إلا أن يصـدع به دون أن يملك مناقشـة الأسـباب التي جعلت المؤجر يفرضـه عليه ، فطالما أجاز المشـرع الشـرط المانع مطلقا أو مقيدا فلا محل للقول بأن المؤجر يتعســف في اســتعمال حقه إذا تمســك بشــرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه والذي لا يخوله حقه الشخصي في المنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى تأييد حكم محكمة أول درجة على سند من أن المستأجر الأصلي تنازل عن العين المؤجرة للطاعن رغم أن عقد الإيجار يحرمه منه صــراحة ، وعلى عدم توافر شــرط بيع المتجر عملا بالمادة ٥٩٤ من القانون المدني على ما سلف بيانه في الرد على السبب السابق ، فإنه لا محل للقول بتعسف المؤجر في استعمال حقه " (الطعن رقم ٦٠٧ لســنة ٤٤ق جلســة ١٩٧٨/٢/٢٢) وبأنه " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه إن البند الثامن من عقد الإيجار الأصــلي المبرم بين المطعون عليه الأول والمسـتأجرة الأصـلية نص على عدم التأجير للغير ، وكان شـرط الحصـول على رضـا المؤجر بالتأجير من الباطن يلحق بالشرط المانع المطلق في الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدع به دون أن يملك مناقشـة الأسـباب التي جعلت المؤجر يفرضـه عليه ، طالما أجاز المشـرع الشـرط المانع مطلقا أو مقيدا فلا محل للقول بأن المؤجر يتعسف في استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه والذي لا يخوله حقه الشخصي في المنفعة أكثر مما اتفق

عليه مع المؤجر له ، ويكون لا محل للقول بتعسف المؤجر في استعمال حقه متى قام سبب تمسكه بالشرط المانع " (الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٦/٦)

- مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق : يرد التعسف على استعمال الحقوق ، والحق كما رأينا هو استئثار شخص بشيء أو بقيمة ، وهو بذلك يفترض ثبوت سلطات معينة لشخص مهين على سبيل الانفراد دون غيره من الأشخاص الآخرين ، وبذلك يفترق الحق عن الرخص أو الحريات العامة ، التي تفترض ثبوت حريات معينة لكافة الناس دون أن يستأثر أحد بها ، دون غيره من الناس ، مثل حرية الرأى وحرية الاجتماع وحرية التعاقد والتملك ، وفي هذه الحالة الأخيرة ، إذا ما وقع من الشخص انحراف في سلوكه عندما يستعمل رخصة من الرخص يكون أخطأ خطأ عاديا يلزمه بالتعويض ، وإذا كان التعسف ينصرف الى استعمال الحقوق بالمعنى الدقيق ، أى الحقوق الخاصة المحددة التي كسبها الشخص ويختص بها غيره من الأشخاص الآخرين ، فإنه يرد في الواقع على كل الحقوق دون تفرقة بين ما يسمى بالحقوق التقديرية وغيرها من الحقوق الأخرى ، فالحقوق التقديرية ، كحق الشريك على الشيوع في طلب القسمة ، وهى حقوق يترك استعمالها لتقدير صاحبها يرد عليها التعسف مثلها في ذلك مثل غيرها من الحقوق الأخرى ، ويؤيد ذلك عندنا أن النص الخاص بالتعسف في استعمال الحق نص مطلق يتكلم عمن يستعمل حقه دون تحديد أو تخصيص بنوع معين من الحقوق دون النوع الآخر ، وهذا ما تكشف عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الصدد " (الدكتور أحمد سلامة بند ٤٢ مجموعة الأعمال التحضيرية ص٢٠٧ ، حسن كيرة ، مرجع سابق بند ٤١٤ ، إسماعيل غانم ص١٦٧)

﴿ المـــادة ٥ ﴾

"يكون استعمال حق غير مشروع في الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(جـ) إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذا النص يقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٦٠ من التقنين المدني السوري ، المادة ٥ من التقنين المدني الليبي ، المادة ٢/٧ من التقنين المدني العراقي ، واللبناني المادة ١٢٤ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن " بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون ، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ، وإذ كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها الى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة بل شمل التطبيق نواحي القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص ، بل تجاوزه الى القانون العام ، ولذا آثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما . فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها ،

أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك ، لأن أحكام المسئولية تتكفل بذلك على خير وجه ، والواقع أن المشروع تحاشي اصطلاح (التعسف) وإبهامه وجانب أيضا كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة واستمد من الفقه الإسلامي بوجه خاص الضوابط الثلاثة التي اشتمل عليها النص ، ومن المحقق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد ولاسيما أنها جميعا وليدة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء المصري من طريق الاجتهاد ، وأول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير ، وهذا معيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الغربي والقضاء على الأخذ به ، والجوهري في هذا الشأن هو توافر الأضرار ولو أفضى استعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه ، ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك ، وقد جرى القضاء على تطبيق الحكم نفسه في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة . أما المعيار الثالث فتندرج تحت : (أ) حالة استعمال الحق استعمالا يرمى الى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب ، وإنما تتصف بهذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب ، وإذا كان المعيار في هذه الحالة ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفى صفى المشروعية عن المصلحة ، وابرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصي أو شهوة حزبية ، وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى في التقنينات الحديثة والفقه والقضاء . (ب) حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، والمعيار في هذه الحالة مادي ولكنه كثيرا ما يتخذ قرينة على توفر نية الإضرار بالغير - ويساير الفقه الإسلامي في أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء في مصر وفي الدول الغربية على السواء ، والمشروع قد وضع بذلك دستورا لمباشرة الحقوق ، ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ، ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرقى نواحيه وحفلها بعناصر المرونة والحيدة " .

﴿ الشــــرح ﴾

- تحديد نطاق الحماية بالمصلحة المشروعة لصاحب الحق : لم تكن هناك قيود ، فيما مضى ، على استعمال الشخص لحقه ، بل كان له مطلق الحرية في هذا الاستعمال ، وقد ساد ذلك في ظل المذهب الفردي الذي كان ينظر الى مصلحة الفرد ويرى أن مصلحة الجماعة تتحقق إذا ما كفل للأفراد تحقيق مصالحهم الفردية ، وقد أدى هذا الى عدم إخضاع الفرد ، في استعماله لحقه لرقابة ما ، فلا يجوز منعه من استعمال حقه ، كما لا تجوز مساءلته عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر بالغير ، وإذا كان هذا المذهب قد انتقد لما أدى إليه من نتائج ظالمة ، فإن الأمر قد انتهى الى التخفيف من إطلاقه ، ذلك أن الفرد إذا كان يهدف من وراء استعماله لحقه الى تحقيق مصلحة خاصة به ، فإنه لا يجوز أن يقوم بما يتعارض مع مصلحة الغير ، والقانون إذا كان يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه ، فإنه يحميه طالما أنه كان يسعى الى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال . فإذا تجاوز هذا النطاق واستعمل حقه استعمالا غير مشروع تخلت عنه الحماية القانونية ، وبعبارة أخرى إن القانون يحمى صاحب الحق طالما كان يسعى الى تحقيق مصلحة خاصة به لا تتعارض مع مصلحة الجماعة ، فعند التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة يضحى بهذه الأخيرة ، فلا تستحق الحماية القانونية ، لأن الشخص حينئذ يكون متعسفا في استعمال حقه (حسن كيرة ، رسالة الدكتوراه المقدمة الى جامعة باريس) وعلى ذلك تتحدد الحماية القانونية بالمصلحة المشروعة التي يهدف الشخص الى تحقيقها من وراء استعماله لحقه . فإذا استعمل حقه استعمالا غير مشروع ، اعتبر مخطئا ، لأنه ينحرف بذلك عن الغاية التي من أجلها تقرر الحق ، وبالتالي يعمد متعسفا في استعمال حقه ، وبهذا ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق . إلا أنه ينبغي أن راعى عدم الخلط بين هذا الأمر وهو التعسف في استعمال الحق ، وبين مسألة أخرى ، وهى الخروج عن حدود الحق ، ولذلك نبين الفارق بين هاتين المسألتين قبل أن تعرض للتعسف في استعمال الحق ومعاييره طبقا لما بينه القانون" (السيد مصطفى السعيد ، مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث دراسة في نظرية سوء استعمال الحقوق ، حسن عامر ، نظرية استعمال الحقوق ١٩٤٧ ، صبحى محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود الشريعة الإسلامية ١٩٤٨ ج١ ص٤١ ، ٥٣)
- التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق : يختلف التعسف في استعمال الحق عن الخروج عن حدود الحق . ذلك أن الخروج عن حدود الحق أو تجاوز هذه الحدود يدخل الشخص في نطاق ممنوع عليه ، ويعتبر هذا التجاوز محض تعد على الغير ، وفي هذه الحالة يعتبر أى عمل يقوم به الشخص خطأ من جانبه يلزمه بالتعويض عن أى ضرر يتسبب عن

هذا الخطأ ، طبقا لقواعد المسئولية التي تقضــي بأن كل خطأ سـبب ضـررا للغير يلزمه من ارتكبه بالتعويض . مثل ذلك حالة تعدي الشخص حدوده والدخول في ملك جاره ، فالمالك هنا تجاوز حدوده . فإذا اســتغل ملك الجار كان في هذا مخطئا والتزم بالتعويض . أما في حالة التعسـف في اسـتعمال الحق فإن الشـخص لا يتجاوز حدود حقه بل إنه يسـتعمله في النطاق المحدد له ، ومع ذلك فإن القانون لا يقر هذا الاسـتعمال إذا تعسـف صـاحب الحق . (غانم ، مرجع سابق ، فرج ، مرجع سابق ، صبحي محمصاني ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدى المادة الخامسة من القانون المدني أن المشرع اعتبر نظرية إسـاءة اسـتعمال الحق من المبادئ الأسـاسـية التي تنتظم جميع نواحي وفروع القانون ، والتعسـف في اسـتعمال الحق لا يخرج عن إحدى صـورتين إما بالخروج عن حدود الرخصـة أو الخروج عن صورة الحق ، ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي ، وتقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – هو من إطلاقات محكمة الموضـــوع متروك لتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها دون معقب عليها في ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضـاءها على أسـباب سـائغة كافية تحمله ومؤدية الى النتيجة التي انتهت إليها ، وإذ اسـتخلص الحكم في حدود سـلطته التقديرية أن المصـلحة التي يرمى الطاعن الى تحقيقها اسـتعمالا لحقه المخول له بمقتضـى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسـنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السـكنية في المبنى المؤجر بالإضـافة أو التعلية – مصـلحة قليلة الأهمية لا تتناسـب مع ما يصـيب المطعون عليه – المستأجر – من عيوب بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ق جلسـة ١٩٨١/٤/٢٥) وبأنه " الأصـل أن حق الالتجاء الى القضـاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة وأنه لا يترتب عليه المسـاءلة بالتعويض إلا إذا ثبت أن من باشـر هذا الحق قد انحرف به هما وضع له واستعمله استعمالا كيديا وابتغاء مضارة سواء اقترن هذا الحق بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية ، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اسـتخلص في حدود سـلطته المحكمة التقديرية أن المطعون ضدهما قد رفعتا دعواهما المباشرة في حدود استعمالهما المشروع لحقهما في التقاضي دون أن ينحرفا في اسـتعمال هذا الحق ، وأنه لم يثبت أنهما قصـدتا بذلك مضـارة خصـمهما ، وكان هذا الذي أورده الحكم كافيا و سائغا في نفى الخطأ التقصيرية في جانب المطعون ضدهما ومن شأنه أن يؤدي الى ما انتهى إليه الحكم من رفض دعوى الطاعنة قبلهما ، فإن ما تثيره في هذا الشـأن ينحل الى جدل موضـوعي حول سـلطة محكمة الموضـوع في تقدير أدلة الدعوى وعناصـرها " (الطعن ١٨٤٨ لسنة ٤٥ق جلسـة ١٩٧٦/٢/٢٣) وبأنه " الأصـل أن التبليغ من الحقوق المباحة

للأفراد واستعماله لا يدعو الى مؤاخذة طالما صدر مطابقا للحقيقة حتى ولو كان الباعث عليه الانتقام والكيد ، لأن صدق المبلغ كفيل أن يرفع عنه تبعة الباعث السيئ ، وأن المبلغ لا يسأل مدنيا عن التعويض إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو كان نتيجة عدم ترو ورعونة " (الطعن رقم ٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢٤) وبأنه " المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن مفاد النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير ، وأن استعمال حق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ، وهو ما يتحقق بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق – وأن حق التقاضي وحق الإبلاغ وحق الشكوى من الحقوق المباحة للأشخاص واستعمالها لا يدعو الى مساءلة طالما لم ينحرف به صاحب الحق ابتغاء مضارة المبلغ ضده ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا بحق يدعيه لنفسه أو ذودا عن هذا الحق إلا إذا ثبت انحرافه الى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم " (الطعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩) وبأنه " المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول ، وتنص المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدني على أنه من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من أجل استعمال الحق وكان حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو ذودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح الى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم " (الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩)

- التعسف في استعمال الحق ومعاييره : نصت المادة ٤ من القانون المدني على أن " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر " ، ومن هذا يتضح لنا أن استعمال الحق استعمالا مشروعا لا يوقع بصاحب الحق أية مسئولية ، ولا يتقيد بأية قيود ، ولا يتدخل القانون ليرتب مسئولية صاحب الحق مهما كانت النتائج طالما كان استعماله في النطاق المشرع ، ولمعرفة الحد الفاصل بين نطاق استعمال الحق استعمالا مشروعا ونطاق استعماله استعمالا غير مشروع بين القانون بعد ذلك الحالات التي يعتبر فيها استعمال الحق غير مشروع رغم أن صاحبه يستعمل في النطاق الخاص به ولم يتجاوز حدوده ، وقد نصت المادة (٥) من القانون المدني على أنه " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (جـ) إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة " ، ويبين من

هذا النص أن المشرع المصري لم يضع حكما عاما في صدد التعسف ، ولكنه حدد الحالات التي يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه عن طريق المعايير الثلاثة التي وضعها وهى : قصد الإضرار بالغير ، ورجحان الضرر الذي يصيب الغير على المصلحة التي يسعى إليها صاحب الحق ، وعدم مشروعية المصالح المرد تحقيقها ، والمهم في هذا الصدد هو أن المشرع المصري قد حدد حالات التعسف ، وقد ورد هذا التحديد في صدر المجموعة المدنية ، فاحتل بذلك مكانا بارزا في القانون المدني ، ضمن القواعد العامة ، بحيث لا يقف تطبيق التعسف لدى حالة أو أخرى من القانون ، بل يتسع هذا التطبيق ليشمل كل المسائل المتعلقة بالقانون المدني ، وتلك التي تخرج عنه ، سواء في مجال الأحوال العينية وفي مجال الأحوال الشخصية أم في غيرها . (الدكتور توفيق فرح ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " العبرة في سلامة قرار الفصل وفيما إذا صاحب العمل قد تعسف في فصل العامل أو لن يتعسف هى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – بالظروف والملابسات التي كانت محيطة به وقت الفسخ لا بعده ، وكانت الطاعنة قد تمسكن بأنها فصلن المطعون عليه باتباع الإجراءات التي نصت عليها المادة ٧/٦٤ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ ، إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن المطعون عليه قد انقطع عن العمل اعتبارا من ١٩٧٨/٤/١٨ وأرسلت له الطاعنة إنذارا كتابيا مؤرخا ١٩٧٨/٥/١١ ثم أعقبه بخطاب الفصل المؤرخ ١٩٧٨/٧/٢٢ فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر فصل المطعون عليه تعسفيا قضى له بالتعويض تأسيسا على أن تغيبه عن العمل كان بعذر قهري لمرضه دون أن يقطع في أسبابه بأن الطاعنة قد اتصل علمها بهذا المرض قبل استعمالها لحقها المقرر لها بالقانون في فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، فإنه يكون معيبا بالقصور مما يستوجب نقضه " (نقض ١٩٨١/١٢/٢٨ طعن ١١٥٧ س٥١ق) وبأنه " وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن البند الثامن من عقد الإيجار الأصلي المبرم بين المطعون عليه الأول والمستأجرة الأصلية نص على عدم التأجير للغير ، وكان شرط الحصول على رضاء المؤجر بالتأجير من الباطن يلحق بالشرط المانع المطلق في الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدع به دون أن يملك مناقشة الأسباب التي جعلت المؤجر يفرضه عليه ، طالما أجاز المشرع الشرط المانع مطلقا أو مقيدا فلا محل للقول بأن المؤجر بتعسف في استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه والذي لا يخوله حقه الشخصي في المنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له ، ويكون لا محل للقول بتعسف المؤجر في استعمال حقه متى قام سبب تمسكه بالشرط المانع " (نقض ١٩٧٩/٦/٦ س٣٠ ص٥٦٤ ، نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ س٢٩ ص٥٥٨) وبأنه " الأصل أنه لا جناح على من يستعمل حقه مشروعا فلا يكون من ثم مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بغيره على نحو ما نصت عليه

المادة الرابعة من القانون المدني ، وما أوردته المادة التالية لها من قيد على هذا الأصـل – إعمالا لنظرية إساءة استعمال الحق – متمثلا في أحد معايير ثلاثة يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء في صورة تعمد الإساءة الى الغير دون نفع يعود على صاحب الحق من استعماله أو في صورة استهانة بما يحيق بهذا الغير من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير يجنبه صاحب الحق بحيث لا يكاد يلحقه ضرر من الاستغناء عنه ، الأمر الذي يربط بين نظرية إساءة استعمال الحق وبين قواعد المسئولية المدنية وقوامها الخطأ وينأى بها عن مجرد اعتبارات الشفقة . لما كان ذلك ، فإنه لا يسوغ القول باعتبار المؤجر مسيئا لاستعمال حقه في طلب الإخلاء إذا وقع من المستأجر ما يبرر ذلك قانونا لمجرد أنه يترتب عليه حرمان هذا الأخير من المكان المؤجر ، وبذلك جرى الحكم الفقرة (جـــ) من المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ تنظيما للعلاقة بين المؤجر والمستأجر بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة وتضر بمصلحة المؤجر ، فأكدت بذلك وجوب التزام المستأجر في استعماله المكان المؤجر بكل شرط تعاقدي معقول أى غير خارج عن نطاق المألوف و ما ينبغي أن يتوافر في العقد من توازن المصالح وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، إذ بخروج الشرط عن ذلك فإنه يكون مشوبا بنية – الإضرار التي تسلكه في عداد صور إساءة استعمال الحق – لما كان ما تقدم ، وكان الحكم المطعون فيه بعد استعراضه لشروط عقد الإيجار التي تحظر إجراء أى تعديل في العين المؤجرة و ما أحدثه الطاعن فيها ، قد خلص الى أن ما أجره الطاعن يعتبر تغييرا جوهريا في العين ، ومن ثم فقد اعتبر المخالفة منصبة حيال شرط هام من شروط العقد مقصود به تحقيق توازن بين طرفيه ومن ثم من شروطه المعقولة مما لازمه أن طلب الإخلاء قد خلا من نية الإضرار بالمستأجر وبالتالي من إساءة استعمال الحق " (نقض ١٩٧٩/١٢/١٥ طعن ١٣٣٧ س٤٧ق ، نقض ١٩٨٠/٥/١٧ طعن ٦٣٣ س٤٦ق ، ١٩٧٩/١١/٢٧ طعن ٧٧٠ س٤٧ق) وبأنه " والنص في المادتين ٢٥ ، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم – التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية فيها بغير شكوى أو طلب – يعتبر حقا مقررا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبق الخارجين على القانون ، ومن ثم فإن استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا تترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط ، أما إذا تبين أن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذي أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه ، ومن ثم فلا تثريب على المبلغ إذا أبلغ الذيابة العامة بواقعة اعتقد بصحتها وتوافرت له من الظروف والملابسات الدلائل الكافية المؤدية الى اقتناعه

بصحة ما نسب الى المبلغ ضده " (نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ س٣٠ ص٢٣٦) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بالتعويض على أن الطاعن استعمل حق الطلاق استعمالا غير مشروع قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة هى إسقاط حكم النفقة الصادر للمطعون عليها طبقا لشريعة العقد ، فإن هذا القضاء يخالف أحكام القانون التي توجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وهى ديانة الزوج عند إيقاع الطلاق كما يخالف ما استقر عليه القضاء من عدم وجود حقوق مكتسبة استنادا الى القانون الذي أبرم الزواج في ظله " (نقض ١٩٦٣/١/٣٠ س١٤ ص١٨٩) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه اسند في قضائه برفض دعوى الطاعنين بالتعويض عن فصلهم من عملهم الى ما استظهره من واقع النزاع المعروض من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إليهم وإنما كان مبررا بما صادف المعهد من صعوبات مالية اعترضت سبيل إدارته مما اضطر المركز الرئيسي الذي يتبعه المعهد خارج البلاد الى التقرير بغلقه نظرا لتعذر تمويله والإنفاق عليه في مصر ، وإلى أن الطاعنين لم يقوموا بالتدليل على بطلان البواعث التي اقتضت غلق المعهد ولذا كان القرار الصادر بهذا الشأن لا يتسم بالتعسف في استعمال الحق الموجب للتعويض ، وإذ كان تقدير مبرر الغلق وما استتبعه من إنهاء عقود الطاعنين هو من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضى الموضوع متى قام قضاؤه على استخلاص سائغ ولا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض ، فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس " (نقض ١٩٧٤/٥/٢٥ س٢٥ ص٩٣٩) وبأنه " يشترط في التصرف الذي ينتفي عنه وصف التعسف في فصل العامل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يكون مبنيا على أوضاع قائمة ومستقرة وقت حصوله لا على أوضاع قلقة وغير مستقرة وفي الحسبان تخلفها " (نقض ١٩٦٧/١/٤ س١٨ ص٤٧) وبأنه " الأصل حسبما تقضي به المادة الرابعة من القانون المدني ، أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر باعتبار أن مناط المسئولية عن تعويض الضرر هو وقوع خطأ ، وأنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة التي يتيحها له هذا الحق ، وكان خروج هذا الاستعمال عن دائرة المشروعية إنما هو استثناء من ذلك الأصل ، وأوردت المادة الخامسة من القانون المدني حالاته بقولها " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مه ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (جـ) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة " ، وذلك درءا لاتخاذ ظاهر القواعد القانونية ستارا غير أخلاقي لإلحاق الضرر بالغير ، وكان يبين من استقراء تلك الصور أنه يجمع بنها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء على نحو إيجابي بتعمد السعى إلى مضارة الغير دون نفع يجنبه صاحب الحق من ذلك ، أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما

يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالا هو الى الترف أقرب عما سواه مما يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي ، وكان من المقرر أن معيار الموازنة ببين المصلحة المبتغاة في هذه الصــورة الأخيرة وبين الضــرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون نظر الى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسرا أو عسرا إذ لا تنبع فكرة إســاءة اســتعمال الحق من دواعي الشـفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب " (نقض ١٩٨٠/١/٢٦ طعن ١٠٨ س٤٥ق) وبأنه " ولا جناح على من يستعمل حقه استعمالا مشروعا فلا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر على نحو ما تقضـــي به المادة الرابعة من القانون المدني إلا أن المادة الخامســـة من ذات القانون أوردت قيدا على هذا الأصل بأن يكون استعمال الحق غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير أو إذا كانت المصــالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسـب البتة مع ما يعيب الغير من ضرر بسببها أو إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة وكان تقدير التعسف والغلو في اسـتعمال الحق – وعلى ما جرى به قضــاء محكمة النقض – هو مما يدخل في سـلطة محكمة الموضوع " (نقض ١٩٨١/٦/٩ طعن ٥٩ س٤٨ق)

- صور إساءة استعمال الحق : حددت المادة الخامسة الصور التي يتحقق فيها إساءة استعمال الحق وهى على الترتيب التالي :

الصورة الأولى : قصد الإضرار بالغير : يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا لم يستعمله إلا بقصد الإضرار بالغير ، فالمالك إذا بنى على ملكه فإنه يستعمل حقه ، لكنه إذا بنى حائطا في ملكه وقصد من هذا أن يحجب النور عن جاره ، فإنه يعد بذلك متعسفا في استعمال حقه ، ولابد أن يثبت أن صاحب الحق قدج استعمله بقصد الإضرار بالغير ، وهذا القصد يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات ، وقد يستدل على قصد الإضرار بالغير من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهة المصلحة التي يحققها . (الدكتور توفيق فرج ، مرجع سابق ، وانظر السنهوري بند ٥٦٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " طلب سد المطلات غير القانونية هو حق لصاحب العقار المطل عليه ولو كان أرضا فضاء باعتبار أن فتح المطلات اعتداء على المالك يترتب على تركه اكتساب حق ارتفاق بالمطل والتزام مالك العقار المرتفق به مراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد يقيمه من بناء ، فإن النعى يكون على غير أساس " (نقض ١٩٨١/١/١٥ طعن ٦٩٩ س٤٧ق) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطة المحكمة التقديرية وبالأدلة السائغة التي أوردها أن الإجراءات القضائية التي اتخذها الطاعن قبل المطعون ضدها كانت إجراءات كيدية مشوبة بسوء القصد وقصد منها الإضرار بهما والنيل منهما وكان هذا الذي أورده الحكم كافيا في إثبات الخطأ التقصيرية في جانب الطاعن ومن شأنه أن يؤدي الى ما انتهى

إليه الحكم من مساءلة الطاعن عن الضرر الذي لحق المطعون ضدهما بسبب هذا الخطأ فإن ما يثيره الطاعن في هذا الشأن يكون غير سديد " (١٩٧٢/٦/٢٦ طعن ٦٧٠ لسنة ٤٢ق – م نقض ج – ٢٣ – ٩٥٣) وبأنه " حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض – وسواء في هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية ، طالما أنه يستهدف بدعواه مضارة خصمه فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفلاس المطعون عليه – فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه في هذا الخصوص على أساس سليم " (الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥) وبأنه " الإجابة على الدعوى بإنكارها هى في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضي به إلزام خصمه بإثبات مدعاه ، فإن سعى بإنكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات (قديم) . أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار أو بالتغالي فيه أو بالتحيل به ابتغاء مضارة خصمه ، فإن هذا الحق ينقلب مجنثة تجيز للمحكمة ، طبقا للمادة ١١٥ من قانون المرافعات الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء فعله هو " (الطعن رقم ٤٧ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٣/١١/٩) وبأنه " حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض – وسواء في هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خمسه " (الطعن رقم ١٠١٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٦) وبأنه " المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن حق الالتجاء الى القضاء وإن كان من الحقوق العامة والتي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة عن تعويض الأضرار التي تلحق بالغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق وسواء اقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه " (الطعن رقم ١١٨٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٦/٤) وبأنه " لا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من أن مسلكه في دعاوى الطرد وادعائه أنه المستأجر ونسبة السرقة الى ذوي المطعون عليها كان استعمالا لحقه في الادعاء والتبليغ لأن هذين الحقين ينقلبان الى مخبثة إذا أسئ استعمالهما " (الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩) وبأنه " من المقرر أن حق الالتجاء الى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير . فإذا ما تبين أن المدعى كان مبطلا في

دعواه ولم يقصد إلا مضارة خصمه والنكاية به فإنه لا يكون قد باشر حقا مقررا في القانون بل يكون عمله خطأ وتحق مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق" (الطعن رقم ٦٧٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٢/٦/٢٦)

الصورة الثانية : رجحان الضرر على المصلحة : يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، فلا يكفي لكى يستعمل صاحب الحق حقه استعمالا مشروعا أن تكون له مصلحة أيا كانت ، وإنما لابد أن تكون المصلحة التي يسعى الى تحقيقها ترجح ما يصيب الغير من ضرر ، فإذا لم يكن الأمر كذلك وكانت المصلحة التي يسعى الى تحقيقا تافهة قليلة الأهمية إذا ما قورنت بما يصيب الغير من ضرر كان ا ستعمال الحق غير مشروع . أى أننا نوازن هنا بين المصلحة التي سعى صاحب الحق الى تحقيقها والضرر الذي يصيب الغير . فإذا كان الضرر جسيما إذا ما قورن بالمصلحة ، كان استعمال الحق غير مشروع ، وقد طبق القانون المدني المصري هذا المعيار في المادة ٨١٨ فقرر أنه " ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط " ، كما طبقه كذلك في المادة ١٠٢٩ التي تقضي بانقضاء حق الاتفاق إذا صار مجرد عبء على ملك الغير ، أى إذا زالت المنفعة منه بالنسبة لصاحب العقار المرتفق (المخدوم) أو إذا لم تبق له إلا فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به " (انظر السنهوري ، مرجع سابق بند ٥٦١ ، حسن كيرة بند ٤٠٨ ، شوقي بند ٢٧٧ ، ٢٨٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة الخامسة من القانون المدني يدل على أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التي تنظم جميع نواحي وفروع القانون ، والتعسف في استعمال الحق لا يخرج عن إحدى صورتين إما بالخروج عن حدود الرخصة أو الخروج عن حدود الحق ، ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب عدم الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، وأنه لئن كان تقدير التعسف والغلو في استعمال الحق هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من إطلاقات قاضي الموضوع ومتروك لتقديره يستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها إلا أن ذلك مرهون بأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله وتؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها . لما كان ذلك ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض الدعوى على ما قرره من أن المطعون ضده استعمال حقه في الانتفاع بالدكان محل النزاع لتحقيق مصلحة جدية ولم ينحرف بهذا الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي ، دون أن يواجه دفاع الطاعن في شأن عدم مناسبة المصالح التي يرمي المطعون ضده التى تحقيقها بتمسكه بالانتفاع بكامل العين محل النزاع مع الأضرار التي تصيبه نتيجة عدم

إقامة سلم بجزء من هذه العين للصعود من خلاله الى وحدات الطوابق الخمسة المستحدثة بالمبنى تمكينا له من الانتفاع بها مع أنه دفاع جوهري قد يتغير به – لو صح – وجه الرأى في الدعوى ، وتحجب بذلك عن تمحيص ما جاء بتقرير الخبير المنتدب في الدعوى من أن الدكان محل النزاع كان معدا منذ البداية كمدخل للعقار ، وتوجد به عدادات المياه والإنارة للمبنى بأكمله وأنه لا يمكن عمل مدخل إلا من خلاله وعلى جزء من مسطحه وأن ذلك لا يلحق بالمطعون ضده ضررا بليغا ، فإن الحكم يكون معيبا بقصور التسبيب " (نقض ١٩٩١/٣/٢٤ الطعن ١٢٣٨ لسنة ٥٦ق) وبأنه " يدل نص المادة الخامسة من القانون المدني على أن مناط التعسف في استعمال الحق الذي يجعله محظورا باعتباره استعمالا غير مشروع له هو تحقيق إحدى الصور المحددة على سبيل الحصر في المادة الخامسة سالفة الذكر والتي تدور كلها حول قصد صاحب الحق من استعماله لحقه أو مدى أهمية أو مشروعية المصالح التي يهدف الى تحقيقها وذلك دون نظر الى مسلك خصمه إزاء هذا الحق ، وإذ كان دفاع الطاعن لدى محكمة الاستئناف قد قام على تعسف المطعون ضدها في طلبها طرده من الأرض محل النزاع – وهى شريط ضيق يخترق أرضه – وإزالة ما عليها من بناء على سند من أنها لم تبلغ من دعواها سوى الإضرار به وأن مصلحتها في استرداده هذه الأرض – توافرت – قليلة الأهمية بالنسبة للأضرار التي تلحق به من جراء إزالة ما أقامه عليها من بناء ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع لمجرد القول بأن الطاعن استولى بغير حق على أرض المطعون ضدها وأقام بناء عليها قد أخطأ في تطبيق القانون " (نقض ١٩٨٥/٤/٤ الطعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٥٤ق) وبأنه " مؤدى المادة الخامسة من القانون المدني أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التي تنتظم جميع نواحي وفروع القانون والتعسف في استعمال الحق لا يخرج عن إحدى صورتين إما بالخروج عن حدود الرخصة أو الخروج عن صورة الحق ، ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي ، وتقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو من إطلاقات محكمة الموضوع متروك لتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها دون معقب عليها في ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله ومؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها ، وإذ استخلص الحكم حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التي يرمى الطاعن إلى تحقيقها استعمالا لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية في المبنى المؤجر بالإضافة أو التعلية مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه – المستأجر من عيوب بسببها فإنه يكون قد طبق القانون " (نقض ١٩٨١/٤/٢٥ الطعن رقم ٢ لسنة ٤٦ق) وبأنه " الأصل حسبما تقضي به المادة الرابعة من التقنين المدني أن مناط المسئولية

من تعويض الضرر هو وقوع خطأ وأنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشـروعة التي يتيحها له هذا النص ، وأن خروج هذا الاسـتعمال عن دائرة المشـروعية إنما هو استثناء من ذلك الأصل ، وأوردت المادة الخامسة من ذلك التقنين حالاته وذلك درءا لاتخاذ ظاهر القواعد القانونية ستارا غير أخلاقي لإلحاق الضرر بالغير ، والبين من استقراء تلك الصور أنه يجمع بينها ضـابط مشـترك هو نية الإضـرار بالغير سـواء على نحو إيجابي بتعمد السـعى الى مضارة الغير دون نفع يجنبه صاحب الحق من ذك أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالا هو الى الترف أقرب مما سواه يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي ، ومن المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة في هذه الصـورة الأخيرة ومن الضـرر الواقع هو معيار مادي للمضـرور يسـرا أو عسـرا إذ لا تنبع فكرة إسـاءة اسـتعمال الحق من دواعى الشـفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب " (نقض ١٩٨٥/٦/٦ الطعن رقم ١٤٧١ لسنة ٥١ق) وبأنه " الأصل حسبما تقضي به المادة ٤ من القانون المدني من أن " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر باعتبار أن مناط المسئولية عن تعويض الضرر هو وقوع خطأ وأنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة التي يتيحها له هذا الحق ، وكان خروج هذا الاسـتعمال عن دائرة المشـروعية إنما هو اسـتثناء من ذلك الأصـل ، وأوردت المادة ٥ من ذلك القانون حالاته بقولها " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (جـ) إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشـروعة " ، وذلك درءا لاتخاذ ظاهر القواعد القانونية سـتر غير أخلاقي لإلحاق الضـرر بالغير ، وكان يبين من اسـتقراء تلك الصـورة أنه يجمع بينها ضـابط مشترك هو نية الإضرار سواء على نحو إيجابي بتعمد السعى الى مضارة الغير دون نفع بجنيه صاحب الحق من ذلك أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من اسـتعمال صـاحب الحق لحقه اسـتعمالا هو الى الترف أقرب مما سـواه مما يكاد يبلغ قصـد الإضـرار العمدي ، وكان من المقرر أن معيار الموازنة بين المصـلحة المبتغاة في هذه الصـورة الأخيرة وبين الضـرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضـرر دون نظر الى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسرا أو عسرا ، إذ لا تنبع فكرة إساءة استعمال الحق من دواعي الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب " (نقض ١٩٨٠/١/٢٦ الطعن رقم ١٠٨ لسـنة ٤٥ق) وبأنه " المادتين الرابعة والخامسـة من القانون المدني قد نصتا على أن استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن

ذلك من ضرر للغير ، وأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذ كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، ولما كان تقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو من شئون محكمة الموضوع ، وقد ذهب الحكم المطعون فيه الى أن طلب الطاعنين إزالة المنشآت التي أقامها المطعون عليهم مشوب بالتعسف ، بالنظر الى الضرر الذي يصيب المطعون عليهم من الإزالة في الوقت الذي لم يصيب فيه حائط الطاعنين بأى ضرر ، وكان هذا الذي انتهى إليه الحكم المطعون فيه سائغا ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس " (نقض ١٩٨١/٦/٤ الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٨ق) ولا تناقض بين قول المحكمة أن ثمة استعمالا للحق غير مألوف ، وبين ما انتهت إليه من أن المصالح الى يرمى الطاعنان الى تحقيقها قليلة الأهمية ، حيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب المطعون عليهم من إزالة المنشآت التي أقاموها ، لأن حائط الطاعنين لم يصبه أى ضرر ، ويكون النعى بهذا السبب في غير محله " (نقض ١٩٨١/٦/٤ الطعن ٢٦٣ لسنة ٤٨ق) وبأنه " تمسك الطاعن بأن المطعون عليه أساء استعمال حقه بطلبه إخلائه من العين المؤجرة استنادا الى أن المصالح التي يقصد المطعون عليه تحقيقها من هذا الطلب لا تتناسب مع ما يصيب الطاعن من ضرر بسببها ، إنما هو دفاع يقتضي تحقيق اعتبارات موضوعية ، وإذ كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بهذا الدفاع ، فإنه لا يجوز له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (نقض ١٩٨٢/١/٢٥ الطعن ٩٣٣ لسنة ٤٦ق)

الصورة الثالثة : عدم مشروعية المصلحة : إذا كانت المصالح التي يرمي الشخص الى تحقيقها غير مشروعة قام التعسف في استعمال الحق كذلك ، فإذا كان صاحب الحق يقصد من وراء استعماله لحقه الوصول الى نتائج غير مشروعة يحرمها القانون كان متعسفا . مثل ذلك إذا استعمل صاحب المنزل منزله لأغراض منافية للقانون والآداب ، ومثل ذلك أيضا صاحب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل من عماله لمجرد التحاقه بنقابة من نقابات العمل ، فهو يعتبر متعسفا في استعمال حقه في فصل العامل متى كان بسبب نشاط العامل النقابي . (انظر فرج ، مرجع سابق ، شوقي بند ٢٧٨ ، السنهوري ، بند ٥٦٢ ، عامر ص٦١٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه برفض دعوى الطاعنين بالتعويض عن فصلهم من عملهم الى ما استظهره من واقع النزاع المعروض من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إليهم وأنه كان مبررا بما صادف المعهد من صعوبات مالية اعترضت سبيل إدارته مما اضطر المركز الرئيسي الذي يتبعه المعهد في خارج البلاد الى التقرير بغلقه نظرا لتعذر تمويله والإنفاق عليه في مصر ، وإلى أن الطاعنين لم يقوموا بالتدليل

على بطلان البواعث التي اقتضــت غلق المعهد ولذا كان القرار الصـــادر بهذا الشـــأن لا يتســم بالتعسف في استعمال الحق الموجب التعويض ، وإذ كان تقدير مبرر الغلق وما استتبعه من إنهاء عقود الطاعنين هو من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع متى قام قضاؤه على استخلاص سائغ ولا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٥) وبأنه " يشترط في التصرف الذي ينتفي عنه وصف التعسف في فصل العامل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يكون مبنيا على أوضـــاع قائمة مستقرة وقت حصـوله لا على أوضـــاع قلقلة وغير مسـتقرة وفي الحسبان تخلفها " (الطعن رقم ٦٣٢ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٧/١/٤) وبأنـه " النص في الفقرة الثـانيـة من المـادة ٨٠٣ من القـانون المـدني على (١) .... (٢) ملكية الأرض تشـمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها ، علوا أو عمقا بما مفاده أن ملكية الأرض وإن كانت تشـمل الأرض علوا أو عمقا إلا أنه يوجد حد لملكيتها فلس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل من عمل في مســافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه وإلا كان المنع تعسفا في استعمال حق الملكية " (الطعن رقم ٣٤٨٧ لسنة ٦٥ق جلســة ١٩٩٦/٥/١٥) وبأنه " وضـــع المرســوم بقانون رقم ١٨٨ لســنة ١٩٥٢ في شـــأن استقلال القضاء المعدل بالقانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٥٥ أحكاما خاصة برجال القضاء تختلف عن أحكام القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ في شأن موظفي الدولة وأفرد لرجال النيابة الباب الثاني منه فرســم طريقة تعيينهم ونظم شــروط ترقيتهم وتحديد أقدميتهم في درجاتهم بالنســبة لزملائهم من رجال القضاء كما نظم الفصل الثاني أحوال تأديبهم كما رسم القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضــاء طريق التظلم من القرارات التي تمس حقوقهم ، وهذه الأحكام في جملتها وتفصـيلها فيها من الضــمانات والميزات ما تجعل لوظائفهم طبيعة خاصـــة تختلف عن طبيعة وظائف إدارة قضـايا الحكومة بالمعنى المفهوم في فقه طبيعة خاصـــة تختلف عن طبيعة وظائف إدارة قضـــايا الحكومة بالمعنى المفهوم في فقه القانون الإداري ، وإذن فإذا كان الواقع أن الطالب كان يشـــغل وظيفة وكيل نيابة فأصدر وزير العدل قرارا بنقله الى وظيفة محام بإدارة قضايا الحكومة فإن هذا القرار المطعون فيه يكون على خلاف ما يقضي به القانون متعينا إلغاؤه " (الطلب رقم ٢٠ لسنة ٢٦ق رجال قضاء جلسة ١٩٥٩/١/٣١) وبأنه " المراد بالحق المطلق المقدر للحكومة في فصل موظفيها بلا حاجة الى محاكمة تأديبية هو تفرد الحكومة بتقدير صـــلاحية الموظف واســتمرار اســتعانتها به أو عدم اســتمرارها وليس معناه أن تســتعمله على هواها ، ذلك أن هذه الســلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضــوعها إلا أنها مقيدة من حيث غايتها التي يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف في استعمالها ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب

الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به فإنها تكون خاضعة لتقدير القضاء ورقابته فإذا تبين أنها لا ترجع الى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هى من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو المنازع في حصتها كان ذلك عملا غير مشروع وحققت مساءلة الحكومة في شأنه " (الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠) وبأنه " للحكومة الحق في إحالة الموظف الى المعاش قبل بلوغه السن المقررة للتقاعد عن الخدمة ، ولكنها لا تملك ذلك إلا لاعتبارات راجعة الى المصلحة العامة ولأسباب جدية تكون قائمة بذات الموظف المراد إبعاده عن الخدمة ، ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب متبينة من القرار الصادر به فإنها تكون خاضعة لتقدير المحاكم . فإذا كان السبب الذي من أجله وقع الفصل لا يرجع الى المصلحة العامة ولا الى ذات الموظف كان الفصل في هذه الحالة إجراءا مخالفا للقانون وحقت به مسئولية الحكومة ، وإذن فالموظف الذي تحيله الحكومة الى المعاش لا لسبب قائم به دعا الى هذه الإحالة بل لمجرد مقاربته سن التقاعد المقرر قانونا تقع إحالته مخالفة للقانون ، إذ القانون قد تولى تقدير سن التقاعد التي تتحقق بها المصلحة العامة عادلا في ذلك مصلحة الحكومة بمصلحة الموظفين ، فلا يكون للحكومة أن تخالفه وترد على تقديره بخفضها السن التي قررها للتقاعد وإحالة الموظف الى المعاش قبل بلوغه هذه السن " (الطعن رقم ٢٩ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

- مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق : يرد التعسف على استعمال الحقوق ، والحق كما رأينا هو استئثار شخص بشيء أو بقيمة ، وهو بذلك يفترض ثبوت سلطات معينة لشخص معين على سبيل الانفراد دون غيره ، من الأشخاص الآخرين ، وبذلك يفترق الحق عن الرخص أو الحريات العامة ، التي تفترض ثبوت حريات معينة لكافة الناس دون أن يستأثر أحد بها ، دون غيره من الناس ، مثل حرية الرأى وحرية الاجتماع وحرية التعاقد والتملك ... وفي هذه الحالة الأخيرة ، إذا ما وقع من الشخص انحراف في سلوكه عندما يستعمل رخصة من الرخص يكون أخطأ خطأ عاديا يلزمه بالتعويض ، وإذا كان التعسف ينصرف الى استعمال الحقوق بالمعنى الدقيق ، أى الحقوق الخاصة المحددة التي يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره من الأشخاص الآخرين ، فإنه يرد في الواقع على كل الحقوق دون تفرقة بين ما يسمى بالحقوق التقديرية وغيرها من الحقوق الأخرى . فالحقوق التقديرية ، كحق الشريك على الشيوع في طلب القسمة ، وهى حقوق يترك استعمال لتقدير صاحبها يرد عليها التعسف مثلها في ذلك مثل غيرها من الحقوق الأخرى ، ويؤيد ذلك عندنا أن النص الخاص بالتعسف في استعمال الحق نص مطلق يتكلم عمن يستعمل حقه دون تحديد أو تخصيص بنوع معين من الحقوق دون النوع الآخر ، و هذا ما تكشف عنه المذكرة

الإيضاحية للقانون المدني في هذا الصدد " (عبد المنعم الصدة ، نظرية الحق ، بند ١٧٤ ، وقارن الشرقاوي ص٢٩ ، ٣٠ وانظر كذلك حسن كيرة بند ٤١٤ إسماعيل غانم ص١٦٧ ، وقارن أحمد سلامة بند ٤٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الأصل أنه لا جناح على من يستعمل حقه استعمالا مشروعا فلا يكون من ثم مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بغيره على نحو ما نصت عليه المادة ٤ من القانون المدني ، وما أوردته المادة التالية لها من قيد على هذا الأصل – إعمالا لنظرية إساءة استعمال الحق – متمثلا في أحد معايير ثلاثة يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء في صورة تعمد الإساءة الى الغير دون نفع يعود على صاحب الحق من استعماله ، أو في صورة استهانة بما يحيق بذلك الغير من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير يجنيه صاحب الحق بحيث لا يكاد يلحقه ضرر من الاستغناء عنه ، الأمر الذي يربد ما بين نظرية إساءة استعمال الحق وبين قواعد المسئولية المدنية وقوامها الخطأ وينأى بها عن مجرد اعتبارات الشفقة ، لما كان ذلك فإنه لا يسوغ اعتبار المؤجر مسيئا لاستعماله حقه في طلب الإخلاء إذا وقع من المستأجر ما يبرر ذلك قانونا لمجرد أنه يترتب عليه حرمان خذا الأخير من المكان المؤجر وبذلك جرى حكم الفقرة (ج) من المادة ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ تنظيما للعلاقة بين المؤجر والمستأجر بما أجازته للمؤجر من طلب إخلاء المكان المؤجر إذا استعمله المستأجر بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة وتضر بمصلحة المؤجر فأكدت بذلك وجوب التزام المستأجر في استعماله المكان المؤجر بكل شرط تعاقدي معقول أى غير خارج عن نطاق المألوف وما ينبغي أن يتوافر في العقد من توازن بين المصالح وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، إذ بخروج الشرط عن ذلك فإنه يكون مشوبا بنية الإضرار التي تسلكه في عداد صور إساءة استعمال الحق – لما كان ما تقدم ، وكان الحكم المطعون فيه بعد استعراضه لشروط عقد الإيجار التي تحظر إجراء أى تعديل في العين المؤجرة وما أحدثه الطاعن فيها قد خلص الى أن ما أجراه الطاعن يعتبر تغييرا جوهريا في العين – ومن ثم فقد اعتبر المخالفة منصبة حيال شرط هام من شروط العقد مقصود به تحقيق توازن ين طرفيه ومن ثم شروطه المعقولة مما لازمه أن طلب الإخلاء خلا من نية الإضرار بالمستأجر وبالتالي من إساءة استعماله الحق "(الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٥)

- طريقة إثبات التعسف وعبء الإثبات : في حالة المصلحة الغائية يجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلحاق الضرر ، وهذا القصد يثبت بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن المادية ، ولا يكفي إثبات أن صاحب أن الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذي اختاره فتصور احتمال وقوع الضرر لا

يفيد ضرورة القصد في إحداثه ، فلو أن شخصا يملك أرضا للصيد فأصاب شخصا آخر دون أن يتعمد ذلك فإنه لا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة ، ولا يعد هذا التصرف تعسفا لا باعتبار أنه ينطوي على قصد الإضرار بالغير أو بأى اعتبار آخر ، إذ هو لا يدخل تحت حالة من الحالات الثلاثة التي يتحقق فيها التعسف في استعمال الحق ، والفرض الغالب الذي يقع كثيرا في العمل هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود القصد في إحداث الضرر ، ولكن مع ذلك فإن الضرر يقع ويتبين أن صاحب الحق لم يكن له أية مصلحة في استعمال حقه على الوجه الذي أضر فيه بالغير ، وفي هذه الحالة فإن انعدام المصلحة انعداما تاما قرينة على قصد إحداث الضرر ، كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية ، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لمن وقع منه الضرر أن يثبت أنه رغم انعدام مصلحته في الإجراء الذي قام به فإنه لم يقصد الإضرار بالغير . (المستشار عز الدين الديناصوري ، عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " التعسف في استعمال الحق . مناطه . تحقق إحدى صور التعسف المحددة في القانون على سبيل الحصر . مادة ٥ مدني . لا عبرة يملك الخصم إزراء هذا الحق " (نقض ١٩٨٥/٤/٤ طعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٥٤ق) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه – في رده على دفاع الطاعن – من أن الإذن بتأجير جزء من العين المؤجرة لا يمتد إليها بكاملها – قد التزم صريح عبارة العقد التي لا تجيز تأجير العين المؤجرة من الباطن بأكملها ، وكان من المقرر قانونا أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ما لم تتوافر إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدين ، وكان الطاعن لم يحدد في أسباب طعنه صورة التعسف في استعمال الحق المدعى به ، كما لم يدع أنه أقام الدليل عليها ، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عن هذا الدفاع " (نقض ١٩٧٩/٢/١٧) وبأنه " إذا استبان لرب العمل عدم كفاية العامل اعتبر ذلك مأخذا مشروعا لتعديل عقد العمل أو إنهائه ، وعلى مت يدعى عدم صحة هذا المأخذ والتعسف في إنهاء العقد عبء إثباته " (نقض ١٩٧٠/٥/١٤ س٢١ ص٦٣٠ ، ونقض ١٩٨١/١١/١٢ طعن ٧٧ لسنة ٤٥ق) وبأنه " وليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسئولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعى المضرور فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبته ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ كما لا يجوز لها أن تنحل ضررا لم يقل به لأنه هو الملزم أيضا بإثبات الضرر " (نقض ١٩٦٧/٦/٢٢ س١٨ ص١٣١٦) وبأنه " في افتراض التعسف بنص قانوني قضت محكمة النقض بأن مؤدى نصوص المواد ١/٦٧ و٢ ، ١/٤٢ ، ٧٤ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩

أن المشرع بما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٦٧ من أنه " إذا رأت السلطة المختصة عدم تقديم العامل للمحاكمة أو قضـــى ببراءته وجبت إعادته الى عمله وإلا اعتبر عدم إعادته فصـــلا تعســفيا " ، إنما أنشــأ للعامل الموقوف لســبب من الأســباب المبينة في الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ورأت السلطة المختصة عدم تقديمه للمحاكمة أو قضى ببراءته ، مركزا قانونيا خاصا يفترض التعســف في صــاحب العمل إذا هو رفض إعادته الى عمله ، وذلك حملا لحال صــاحب العمـل على الظـاهر أو على الغـالـب " (نقض ١٩٧٢/١٢/٣٠ س٢٣ ص١٥٠٧ ، ونقض ١٩٧٠/١٢/٤ س٢١ ص٢٣٦)

- مصــادر الحق : يسـتند الحق في وجوده الى القانون ، وكل الحقوق مردها الى القانون ، لأنه هو الذي ينظمها ويحميها ، وهى لا تقوم الى اسـتنادا إليه ، فالقانون هو مصـدر كل الحقوق ، ولكن القانون على هذا النحو لا يعدو أن يكون المصدر البعيد لكل الحقوق ، وإنما يثور البحث في صـدد الكلام عن مصــادر الحق عن المصــدر المباشــر أو القريب الذي يأتي منه الحق ، والذي يؤدي مباشــرة الى وجود حق معين لشــخص معين ومنح بعض الحقوق لشــخص دون الآخر . فإذا كان القانون هو المصــدر غير المباشــر أو البعيد لجميع الحقوق ، فإن المصــادر التي نعرض لها في هذا المجال هى المصــادر المباشــرة ، والقانون قد يعتد بوقائع أو أحداث معينة فيرتب على تحققها وجود الحق هذه الوقائع أو الأحداث هى التي نقصدها في الكلام عن مصادر الحق ، وهى قد تكون من عمل الطبيعة ، أى تكون وقائع طبيعية يترتب على وقوعها قيام حق لشــخص من الأشــخاص أو تحمله بالتزام من الالتزامات ، وقد تكون هذه الوقائع أو الأحداث من صنع الإنسان فيرتب القانون عليها نشوء حق لشخص معين أو تحمله بالتزام ، والأحداث أو الوقائع التي يتدخل فيها الإنســـان ويترتب عليها آثارها على هذا النحو قد تكون وقائع مادية ، كما قد تكون تصــرفات قانونية ، فقد يتطلب القانون في بعض الأحيان أن يقوم الشــــخص بعمل معين ، فيرتب على هذا العمل آثارا قانونية ، وقد يرتب القانون هذه الآثار على مجرد اتجاه إرادة الشــــخص الى إحداثها ، وفي جميع هذه الحالات تعتبر الواقعة التي ترتب عليها الأثر ، سواء أكانت واقعة طبيعية أم فعل الإنسان أم اتجاه إرادته الى إحداث آثار معينة ، واقعة قانونية بالمعنى العام لهذه العبارة ، طالما كان القانون يعتد بها ويرتب عليها آثارا معينة ، والأثر الذي يرتبه القانون على الواقعة بصـفة عامة قد يكون نشـوء حق جديد ، أو قد يكون انقضــاء حق قائم من قبل أو نقله من شــخص الى آخر ، وفي الحالة الثانية تعتبر مصدرا لانقضائه أو لانتقاله ، وإذا كانت الواقعة القانونية بمعناها العام على النحو السابق هى كل حدث يرتب عليه القانون أثرا ، ســـواء أكانت من عمل الطبيعة أم من عمل الإنســـان ، وســواء أكان عمل الإنســان عملا ماديا أم تصــرفا إراديا ، إلا أنه قد اصــطلح على تســمية

الأحداث التي من عمل الطبيعة ، والأعمال المادية من عمل الإنســان بالوقائع القانونية . أما الأعمال الإرادية أو التصرفات الإرادية التي يقوم بها الإنسان فتسمى بالأعمال أو التصرفات القانونية ، والوقائع القانونية على هذا التحديد من حيث انصــرافها الى الوقائع الطبيعة أو الأعمال المادية التي يقوم بها الإنســان هى الوقائع بالمعنى الضــيق لهذه العبارة ، لأنها تنصرف الى هاتين الفئتين فقط من الأعمال ، لا الى كل حدث يرتب عليه القانون أثرا معينا ، وبذلك يمكن المصادر المباشرة للحق الى مصدرين أساسيين هما الواقعة القانونية والتصرف القانوني ، على أن تنصرف الواقعة القانونية الى كل حدث من فعل الطبيعة أو فعل من أفعال الإنسان المادية ، وأن ينصرف التصرف القانوني الى اتجاه إرادة الإنسان ترتيب آثار قانونية . هذا ولما كان من يتقرر له حق لا يستطيع أن يستفيد من المكنات التي يخولها له حقه إذا لم ينازعه فيه من يلتزم بالواجب المقابل له ، فإنه يلزم أن يكون بيد صاحب الحق الدليل على ما يثبت حقه إذا ما نازعه شخص آخر ، ولكى يثبت الشخص حقه يتعين عليه أن يثبت مصدر هذا الحق ، مصدره المنشئ والمصدر المنشئ للحق ، لا يعدو – أن يكون واقعة قانونية ، أو تصــرفا قانونيا على النحو الســابق ، وقد نظم القانوني طرق إثبات الحق ، وهى تختلف باختلاف مصدره . (السنهوري ، كيرة ، أصول القانون ص١٠٣٧)

- الفرق بين الحق والرخصة : راجع المادة (٤ مدني) .

وقد قضــت محكمة النقض بأن " لما كان قانون المرافعات وفقا للمادتين ٣٦٣ فقرة ثانية و٣٦٤ منه ، يجيز للمستأنف عليه أن يعلن المستأنف في محله المختار بالبلدة الكائن بها محكمة الاستئناف بإنذاره بقيد استئنافه في ميعاد ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بذلك وإلا كان الاستئناف كأن لم يكن ، وكان تقدير أدلة التعسف في استعمال هذه الرخصة مما يستقل به قاضي الموضوع ، فإنه لا مخالفة للقانون متى كان القاضي قد نفى التعسف بأسباب مبررة وبناء على هذا قضى باعتبار الاستئناف كأن لم يكن . (الطعن رقم ١٦٧ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/٥/١٢) وبأنه " النص في قائمة شروط المزايدة على تخويل الداعي للمزايدة الحق في قبول أو رفض أى عرض دون إبداء أسباب يخوله مطلق الحرية في رفض العطاء الأخير ولا يجوز الرجوع في هذه الحالة الى الأحكام العامة في القانون المدني والتي تعتبر من القواعد المكملة التي لا يلجأ إليها إلا عند عدم الاتفاق على قواعد خاصة وينتفي التعسف ولو لم يبد سبب مشروع يبرر رفض العطاء " (نقض ١٩٦٩/٦/١٢ س٢٣٠ ص٦٥٧)

- الفرق بين تقدير التعسف وتكييف التعسف ورقابة محكمة النقض : تقدير التعسف والغلو في استعمال الحق – وعلى ما جرى به قضاؤها – هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على ما يكفي لحمله . (نقض ١٩٨٥/٦/٦ طعن ١٩١٤ لسنة ٥١ق ، نقض ١٩٨١/٦/٩ طعن ٥٩ لسنة ٤٨ق ، نقض ١٩٦٩/٢/١٣ س٢٠ ص٣١٧) أما تكييف التعسف فهو تكييف للخطأ التقصيري فيعد من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض . (نقض ١٩٨٠/١٢/٢ طعن ٦١٦ لسنة ٤٦ق ، نقض ١٩٨٠/٣/٢٧ طعن ٩٧٩ لسنة ٤٧ق)
- حق التقاضي : هذا الحق يشمل جميع ما نص عليه القانون من إجراءات يتوصل بها الفرد إلى حقوقه مثل التقاضي والدفاع والدفوع وطرق التنفيذ ، والرأى الراجح أن إساءة استعمال ما خلوه القانون من هذه الإجراءات يمكن ن تترتب عليه المسئولية بما يوجب التعويض ، على أن مثل هذا التعويض إنما هو غير مصاريف الدعوى التي يلتزم بها من خسر الدعوى (م١/١٨٤ مرافعات) ولكن التعويض إنما هو بسبب العنت في اتخاذ الإجراءات التي أباحها القانون ، واتخاذ هذه الإجراءات وسيلة للوصول الى غير ما وضعت له . فالذي يرفع الدعوى لمجرد النكاية لخصمه أو مضايقته ، إنما يوجه الإجراءات القانونية الى غير ما وضعت له ، ويشمل ذلك أيضا سوء استعمال حق التبليغ عند عدم ثبوت الشكاية ، أو إذا اقترن التبليغ بسوء نية ، أو عدم تبصر ، أو لخفة أو طيش ، أو انعدام الأسباب المشروعة ، كذلك إذا أسئ استعمال حق الدفاع ، فيلزم بالتعويض المدعى عليه الذي نسب إلى المدعى سوء السيرة ، فيما أبدى من دفاع في دعوى مطالبة بتعويض عن فسخ خطبة ، وإذا كان الأصل أن لكل خصم حق الغياب عن الجلسات ، ولكن البعض يرى أنه قد يعتبر هذا تعسفا ، إذا ما نجم عن الغياب ضرر وكان قد حدث بسوء نية وعد محاولات للتهرب من الإعلان بأساليب ملتوية ، وقد يساء استعمال طرق الطعن ، بالإفراط فيها أو بإجرائها قبل أوانها ، فالمدعى عليه الذي يرفع استئنافا مع صراحة نصوص الاتفاق موضوع النزاع يكون مسئولا عن ذلك ، ويعتبر الدائن متعسفا في استعمال حقه في الحجز على مدينه إذا كان ما تخذه من إجراءات الحجز إنما كانت لرغبته في مضايقة مدينه وتنغيصه أو التشهير به . (الديناصوري ، الشواربي ، غانم ، مرقص)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان البين من الحكم الصادر في الدعوى ..... لسنة ...... إيجارات شمال القاهرة الابتدائية أن المطعون ضدها قد رفعتها على الطاعنين بطلب الحكم بثبوت علاقة ايجارية بنيها والطاعن الأول محلها الشقة المبينة بصحيفة تلك الدعوى ، وأن الطاعنين دفعوا الدعوى بأن الشقة مؤجرة للطاعن الثالث الذي قدم عقد إيجار مؤرخ .... وإيصالات سداده

قيمة استهلاك الكهرباء عن الشقة ذاتها ، وإذ قضى في الدعوى بطلبات المطعون ضدها طعن الطاعنون في الحكم بالاستئناف ثم بطريق النقض ، وهو مسلك لا يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف حتى يصبح تعديا يستوجب الحكم بالتعويض ، ولا ينبئ عن أن الطاعنين قصدوا الإضرار بالمطعون ضده والنكاية بها ، فإنه لا يكون إلا مباشرة لحق مقرر في القانون ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واقتصر في نسبة الخطأ إلى الطاعنين على مجرد دفعهم الدعوى سالفة البيان ، بأن الطاعن الثالث مستأجر للشقة المشار إليها واستعمالهم الحق الذي خوله لهم القانون في الطعن على الحكم الصادر في تلك الدعوى لمصلحة المطعون ضدها بطريق الطعن المقررة قانونا ، وهو ما لا يكفي لإثبات انحرافهم عن حقهم المكفول في التقاضي والدفاع إلى الكيد والعنت واللدد في الخصومة " (الطعن رقم ٤٤٦٤ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٥/٤) وبأنه " إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعن بالتعويض عن إساءة استعمال حق التقاضي على مجرد القول بأنه عمد إلى التظلم لدى غرفة المشورة من قرار النيابة بحفظ البلاغ الذي قدمه ضد المطعون ضده وأن محكمة الجنايات قضت ببراءة الأخير استنادا إلى أن الجريمة المبلغ بها منصبة على أمر يخرج عن دائرة سلطاته مع أن التظلم من قرار النيابة بحفظ الأوراق لدى محكمة الجنايات منعقدة في غرفة مشورة هو حق مقرر للمدعى بالحق المدني إعمالا لنص المادتين ١٦٧ ، ٢١٠ من قانون الإجراءات الجنائية وأن القضاء بالبراءة لتشكك المحكمة الجنائية في إسناد التهمة لمن نسب إليه الاتهام لا تنهض بذاتها دليلا على كذب البلاغ فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (نقض ١٩٩٩/٧/١٣ س٢٦٦٧ لسنة ٦٨ق) وبأنه " لما كان ما أورده الحكم في خصوص الدعوى المدنية المرفوعة من المطعون ضده قبل الطاعنة ، كاف وسائغ تبريرا لما قضى به من إلزام الطاعنة أن تؤدي للمطعون ضده التعويض المؤقت المقضي به ، إذ من المقرر أن حق الالتجاء إلى القضاء ، وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير فإذا ما تبين أن المدعى كان مبطلا في دعواه ولم يقصد إلا مضارة خصمه والنكاية به ، فإنه لا يكون قد باشر حقا مقررا في القانون ، بل يكون عمله خطأ وتحق مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق بالغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق " (نقض جنائي ١٩٩٩/٢/٨ طعن ١٥٢٠٤ لسنة ٦٠ق) وبأنه " حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق " (نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ س١٨ ص١٩٤٣ ، ١٩٧٦/١٢/٢٨ طعن ٥٦٦ لسنة ٤١ق ، ١٩٥٩/١٠/١٥ س١٠ ص٧٥٤ ، نقض جنائي ١٩٧٢/٦/٢٦ س٢٣ ص٩٥٣) وبأنه " النص في

المادة ٢٣/جـ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ يوحي في ظاهره بأن المشرع أجاز للمؤجر طلب إخلاء المستأجر لمجرد استعماله العين المؤجرة استعمالا يخالف شروط الإيجار المعقولة ، إلا أنه لما كان جزاء الإخلاء مقررا عن هذه المخالفة باعتبارها إخلالا من جانب المستأجر بالتزاماته المتعلقة باستعمال العين المؤجرة ، وكانت تلك الالتزامات محكومة في الأصل بالقواعد العامة الواردة في شأنهما بالقانون المدني وذلك بما نصت عليه المادة ٥٧٩ منه من أنه " يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه فإن لم يكن هناك اتفاق التزم بأن يستعمل العين بحسب ما أعدت له " ، وما نصت عليه المادة ١/٥٨٠ من أنه " لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون إذن المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه ضرر للمؤجر " ، مما مفاده أن الاستعمال أو التغيير المحظور على المستأجر هو ذلك الذي ينشأ عنه ضرر للمؤجر . لما كان ذلك ، فإن حق المؤجر في طلب الإخلاء وفقا لنص المادة ٢٣/جـ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ لا يقوم في صحيح القانون – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لمجرد الاستعمال أو التغيير المحظور على المستأجر بل يشترط إلى جانب ذلك أن يقع عنه ضرر للمؤجر بحيث إذا انتفى عنه الضرر امتنع الحكم بالإخلاء وأنه لا يغير من ذلك أن يتضمن العقد منعا صريحا من إجراء تغيير في العين المؤجرة أو في استعمالها ، إذ أن تمسك المؤجر بهذا النص المانع رغم انتفاء الضرر يجعل تمسكه بطلب الإخلاء منطويا على إساءة استعمال الحق " (نقض ١٩٨٠/١/٢٦ طعن ١٢١٤ لسنة ٤٩ق ، نقض ١٩٨٠/١٢/٢٧ طعن ٥٦٥ لسنة ٥٠ق ، نقض ١٩٧٦/٥/١٩ س٢٧ ص١١٣١) وبأنه " المقرر – وعلى وجه ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن من استعمل حقا استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر للغير ، وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال هذا الحق ، وأن حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو ذودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عما وضع له الحق واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة خصمه " (نقض ١٩٩٠/١١/٨ طعن ٨٠ لسنة ٥٨ق ، نقض ١٩٩٠/١٢/٢٣ طعن ٣٥٣ لسنة ٥٦ق ، نقض ١٩٨٩/١٢/٢١ طعن ٦٥٤ لسنة ٥٥ق) وبأنه " المقرر وفقا لنص المادة الخامسة من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن حق الالتجاء إلى القضاء – وشأنه حق الشكوى إلى الجهات العامة وإن كانا من الحقوق العامة التي يثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة العير وإلا حققت مساءلته عن تعويض الإضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعماله هذا الحق " (الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٣) وبأنه " حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق

العامة التي تثبت للكافة و لا يرتب مساءلة بالتعويض إلا إذا من باشره قد انحرف به عما وضع له واستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير " (نقض ١٩٨٣/١/٣١ طعن ٧٧٩ لسنة ٤٩ق ، نقض ١٩٨٨/١/١٣ طعن ٢٥٩ لسنة ٥٤ق) وبأنه " المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول ، تنص المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدني على أن من استعمال حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، كما أن حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا أثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم " (نقض ١٩٨٢/١٢/٣٠ الطعون ١٨٣٤ ، ١٨٤٩ ، ١٩٤٩ ، ١٩٩٩ لسنة ٥١ق) وبأنه " يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بمسئولية الطاعنة بالتعويض على سند من القول " لما كان الثابت من أوراق الدعوى والمستندات المقدمة فيها من الطرفين أن المستأنف عليها الرابعة – الطاعنة – استصدرت لصالحها الأمر الوقتي رقم ٩٩ لسنة ١٩٧٥ من رئيس محكمة الجيزة الابتدائية بصفته قاضيا للأمور الوقتية بمنع المستأنف (المطعون ضده الأول) من السفر حتى تستوفى المستأنف عليها ما قد يستحق لها من حقوق ولدتها أحكام النفقة الصادرة لمصلحتها أو حتى يقدم كفيلا عنه للوفاء بهذه الحقوق وكان الثابت أنها اشتبكت مع المستأنف في عدة دعاوى خاصة بالنفقة وإسقاطها في محاولة إطالة أمد النزاع حتى يظل أمر منعه من السفر مستمرا قاصدة الكيد والإضرار به دون حق مشروع ولما كانت المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول ، وكانت المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدني قد نصتا على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى – الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق وكان حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو دودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم وكان وصف الأفعال بأنها خاطئة هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض " . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه وقد اقتصرت أسبابه في بيان الخطأ المسند إلى الطاعنة على مجرد تقريره بأنها استصدرت الأمر الوقتي بمنع المطعون ضده الأول من السفر وأنها التجأت إلى خصومات قضائية خاصة بالنفقة وإسقاطها لإطالة أمد النزاع حتى يظل أمر منعه من السفر مستمرا وكان ذلك لا يؤدي إلى القول بانحراف الطاعنة عن حقها المكفول في التقاضي والدفاع إلى الكيد والعنت واللدد في الخصومة فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق

القانون ، هذا فضــلا عن أنه لم يورد بمدوناته دليل تواطؤ الطاعنة مع أى من موظفي مصــلحة الجوازات على الكيد للمطعون ضده الأول ومنعه من السفر مما يعيبه بالقصور في التسبيب أيضا الأمر الذي يوجب نقضــه دون حاجة لبحث باقي أسـباب الطعن " (نقض ١٩٨٢/١٢/٣٠ طعون ١٨٣٤ ، ١٨٤٩ ، ١٩٤٩ ، ١٩٩٩ لسنة ٥١ق) وبأنه " لا محل التحدي بأن الحكم المطعون فيه لم يعمل ما تقضــي به المادة ١٨٨ من قانون المرافعات من جواز الحكم بالتعويض مقابل النفقات الناشــئة عن دعوى أو دفاع قصـــد بهما الكيد ، ذلك أن هذا النص لا يحول بين المضـــرور من الإجراءات الكيدية من أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض طبقا للقواعد الواردة في القانون المدني " (الطعن رقم ١٤٥٦ لسـنة ٤٩ق جلســة ١٩٨٣/٦/٩) وبأنه " المادتين الرابعة والخامســة من التقنين المدني نصتا على أنه من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضـــرر بالغير ... وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصـــلحة في اســتعمال الحق ، وحق التقاضــي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسـأل من يلج أبواب القضـاء تمسكا أو ذودا عن حق يدعيه لنفســه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصــومة والعنت مع وضــوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم ووصف الأفعال بأنها خاطئة من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، كما أن عدم تعيين الدليل الذي بنت عليه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها يعيب الحكم بالقصور . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون عليه قد أقام مسئولية الطاعن على ما أورده في أسبابه " وكان المستأنفون قد أصابهم ضرر مادي يمثل فيما تكبدوه من مصاريف التقاضي لمدة قاربت خمسة عشر عاما ولا زالوا فيه للآن فضلا عما أصابهم من أضرار أدبية تتمثل في العدوان على حقوقهم والطعن في حق المســـتأنف الأول وهو محام في مذكرات خصـــمه أمام القضـــاء وهو ما تقدمه هذه المحكمة كتعويض إجمالي قدره خمســـة آلاف " ، وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يذكر العبارات التي قال أنها وردت على لســـان الطاعن في مذكرات دفاعه في الدعاوى التي كانت سجالا بينهما واعتبرها منطوية على طعن في أمانته ونزاهته مما يخرج عن مقتضــيات الدفاع الأمر الذي يتعذر معه على هذه المحكمة تعقب الدليل الذي أقامت عليه محكمة الموضوع اقتناعها والتحقق من أنه يقضي إلى النتيجة التي انتهى إليها مما يعيب حكمها بالقصور ويستوجب نقضـه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي الأسباب "(الطعن رقم ١٧٣٩ لسـنة ٥١ق جلســة ١٩٨٢/٤/١) وبأنه " من المقرر في قضـاء هذه المحكمة أن حق الالتجاء إلى القضــاء من الحقوق المكفولة للكافة فلا يكون من استعمله مسئولا عما ينشأ من استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير ، وأن وصف محكمة الموضـــوع للأفعال المؤســس عليها طلب التعويض بأنها خطأ أو ليســت كذلك هو من المســائل التي تخضــع لرقابة محكمة النقض ، وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يفصـح عن ماهية

الظروف والملابسات التي استظهر منها عدم توافر القصد لدى المطعون ضده الأول في إدخال الطاعن الأول خصما في الدعوى وأن ما وجهه إليه من عبارات لا يشكل قذفا أو سبا في حقه مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة الوصف القانوني لهذه الأفعال وما إذا كانت تعد خطأ موجبا للمسئولية ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه قصور في التسبيب " (الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/٢٨) وبأنه " الدعوى هى حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به . أما الخصومة فهى وسيلة ذلك أى أنها مجموعة الأعمال الإجرائية التي يطرح بها هذا الادعاء على القضاء ويتم تحقيقه والفصل فيه ، والقانون المدني هو الذي ينظم قواعد سقوط وانقضاء الدعاوى والحقوق بمضى المدة بينما ينظم قانون المرافعات قواعد سقوط الخصومة ، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن انقضاء الخصومة لا يترتب عليه أى مساس بأصل الحق المرفوعة به الدعوى الذي يبقى خاضعا في انقضائه للقواعد المقررة في القانون المدني ، ولما كان التعرض الشخصي الذي يتضمنه البائع في مفهوم المادة ٤٣٩ من القانون المدني هو كل عمل يعكر على المشتري حقه في حيازة البيع والانتفاع به ، فلا يدخل في ذلك ما يبديه البائع في دعوى صحة التعاقد التي يقيمها عليه المشتري من دفوع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة إذ لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع ، ولما كان الأصل أن التقاعس عن موالاة الخصومة يرتب بذاته مصلحة قانونية مشروعة لكل خصم حقيقي فيها للتخلص منها حتى لا يظل معلقا دون حدود بإجراءات تخلي أطرافها عن إكمال السير فيها خلال المدة القانونية فقد أجاز المشرع لأى منهم طلب الحكم بسقوطها أو انقضائها حسب الأحوال دون أن يكون في هذا الطلب شبهة تعسف في استعمال الحق لاستناده إلى مصلحة مشروعة وعدم مساسه بأصل الحق المرفوعة به الدعوى ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بانقضاء الخصومة في الدعوى رقم ١٠٩٢ سنة ١٩٦٦ لمضى المدة القانونية من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون فيما انتهى إليه ، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه الأوجه المشار إليها على غير أساس " (الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/١/٣١) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر بأن للحكمين السابقين – الصادرين في الإجراءات القضائية التي اتخذها الطاعنون ضد المطعون عليها – حجية الأمر المقضي في ثبوت ركن الخطأ في دعوى التعويض – عن إساءة استعمال حق التقاضي – إلا أن الحكم لم يقف عند هذا الحد بل استخلص من هذين الحكمين ومن باقي أوراق الدعوى ووقائعها في حدود سلطته الموضوعية الأفعال التي وقعت من الطاعنين في حق المطعون عليها ثم اعتبار هذه الأفعال مكونة للخطأ الموجب لمسئوليتهم لإساءة استعمالهم حق التقاضي ، وإذ كان استخلاصه سائغا ، ووصفه للأفعال التي

استخلص بأنها خطأ ترتب المسئولية هو وصف صحيح موافق للقانون ، فإن النعى عليه فيما قرره بين حجية الحكمين المشار إليهما يكون غير منتج ولا جدوى فيه " (الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١١/٢٧) وبأنه " نفقات التقاضي التي تدخل ضمن عناصر التعويض – عن إساءة استعمال حق التقاضي – لا تكفي لجبرها المصروفات القضائية المحكوم بها " (الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١١/٢٧) وبأنه " المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول ، وتنص المادتان الرابعة والخامسة من القانون المدني على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير ، وأن استعمال الحق لا يكون مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وكان حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو ذودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح الى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم " (الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩) وبأنه " الثابت من صحيفة الدعوى الأصلية أنها أقيمت من المطعون ضدهما على الطاعنين استنادا الى تقديمها العديد من البلاغات الكاذبة والشكاوى وإقامة الدعاوى المباشرة بقصد الإساءة الى سمعتهما والإضرار بهما ، مما ألحق بهما ضرر يستوجب التعويض المطالب به ، وكان وصف الفعل الذي أسند الى الطاعنين – على هذا النحو لا يعدو – أن يكون انحرافا في استعمال حقهما في الادعاء والتبليغ ، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق الشكوى وحق اللجوء الى القضاء من الحقوق المباحة ما لم يثبت انحراف من استعملها عن الحق المباح الى اللدد في الخصومة ابتغاء الإضرار بالخصم بحيث تنطوي نفسه حين استعماله للحق على سوء النية أو يكون فعله متسما بالرعونة والتهور مما يؤدي الى انتهاك حرمات خصمه وسلب سكينته دون مبرر مقبول . لما كان ذلك ، وكان وصف الأفعال بأنها خاطئة هو من مسائل القانون التي تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر عى نسبة الخطأ الى الطاعنين مكتفيا بالقول بأن الثابت من المستندات المقدمة من المطعون ضدهما والأحكام الجنائية المضمومة أن ثمة خطأ ارتكبه الطاعنان رغم ما اعتصما به من الدعاوى الجنائية لم يصدر بشأنها حكم بات وأنهما كانا في موقف الدفاع عن حقوقهما وهو دفع يقوم على انتفاء سوء القصد في الإبلاغ والادعاء ووقف عند مجرد تقرير الخطأ دون استظهار عناصره أو بيان دلالة المستندات المقدمة في الدعوى ، وكيف أفادت ثبوت سوء نية الطاعنين في استعمال حق الشكوى والادعاء وأغفل ما تمسكا به من دفاع جوهري فإنه يكون قد عابه القصور في التسبيب " (الطعن رقم ١٩٩٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩١/٦/١٩)

- التعسف في توجيه اليمين الحاسمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها " ، فاليمين الحاسمة ملك الخصم لا ملك القاضي ومن ثم يكون متعينا على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن الدافع الى توجيه اليمين غرضا انتقاميا ظاهرا أو الرغبة في إعنات خصمه وإحراجه أو كان ثابتا من عناصر الدعوى بطريقة لا تحتمل الشك كذب الوقائع المطلوب التحليف عليها ، إذا يكون الخصم متعسفا في توجيه اليمين " (أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ص١٤٥ ، وانظر الإثبات للمؤلف)

وقد قضت محكمة النقض بأن " جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب ، ومحكمة الموضوع وإن كان لها السلطة في استخلاص كيدية اليمين فإنه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه . فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة ممن طلب توجيه اليمين فهذا منها قصور في التسبيب ، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية " (الطعن رقم ٩٢ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٥/٣٠) وبأنه " اليمين الحاسمة ملك الخصم له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ولو كان الغرض منها إثبات ما يخالف عقدا مكتوبا ولو رسميا ، إلا فيما لا يجوز الطعن فيه (من العقد الرسمي) إلا بالتزوير ، ومن ثم يكو متعينا على القاضي أن يجيب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف في طلبه ، والقول بأن طلب توجيه اليمين غير جدي لتناقض طالبه في دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفا في توجيهها ، ومن ثم لا يصح أن يكون ذلك سببا للحكم برفض توجيه اليمين " (الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/٤/٧) وبأنه " النص في الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر وللقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ، مؤداه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن اليمين الحاسمة ملك للخصم فيكون على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف في هذا الطلب ، ولمحكمة الموضوع السلطة في استخلاص كيدية اليمين على أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه " (الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٤/٣) وبأنه " إذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة في شأن واقعة الوفاء بمبلغ مائة وخمسين جنيها من الدين العالق بذمته على سند

من القول بأن الدعوى ظلت متداولة أمام محكمة أول درجة فترة استطالت اثنى عشر عاما دون أن يزعم الطاعن وفاءه بذلك المبلغ الذي يدعيه وأنه ما استهدف بهذا الطلب استظهاره من ظروف الدعوى وملابساتها سوى الكيد لخصمه وإطالة أمد التقاضي . لما كان ذلك ، وكان هذا الذي أورده الحكم كافيا في حدود سلطته التقديرية لحمل قضائه في استخلاص التعسف المبرر لرفض طلب توجيه اليمين الحاسمة ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٤/٣)

- حق التبليغ ، فقد قضت محكمة النقض بأن " إذ انتهى الحكم المطعون فيه الى أن الأوراق قد خلت من دليل على اتجاه قصد المطعون ضدهما الى الإساءة الى الطاعن عند إبلاغ الشرطة عن واقعة غيابه عن العمل بالمسرحية وكانت العبارات الواردة في المقالات والأحاديث المنشورة بالصحف لم يرد بها ما يمكن اعتباره سبا أو قذفا في حق الطاعن إذ لا تخرج عن كونها عبارات عتاب يتبادلها الناس في مثل هذه الظروف ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة برفض الدعوى (دعوى التعويض عن الإساءة في الإبلاغ) – على سند من عدم توافر ركن الخطأ في حق المطعون ضدهما قد انتهى الى نتيجة ساعة ومستمدة من أصل ثابت في أوراق الدعوى" (الطعن رقم ٧٠٩ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٦/٢٣) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية أن إبلاغ النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي بما يقع من جرائم يجوز للنيابة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب ، يعتبر حقا مقررا لكل شخص ، ولكن لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض – ولما كان الذي أورده الحكم المطعون فيه لا يصلح سندا لتوافر الخطأ الموجب للمسئولية ، ولا يكفي لإثبات انحراف الطاعنين عن حق الشكوى الذي يعتبر من الحقوق المباحة للأفراد ، ولا يترتب على استعماله أجنبى مسئولية قبل المبلغ طالما لم يثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد ، هذا إلا أن الحكم المطعون فيه خلص الى اعتبار الطاعنين مسئولين عن التعويض استنادا الى مجرد نشر الوقائع آنفة الذكر في جريدة الجمهورية دون أن يعرض الحكم الى نسبة هذا الفعل إليهما أو تداخلهما فيه . لما كان ما تقدم ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب " (الطعن ٨٣٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٢/١ ، الطعن ٦٩٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩) وبأنه " الإبلاغ عن الجرائم حق من الحقوق العامة سواء للمجني عليه أو لغيره من الأفراد ولا يلزم لممارسته أن يتأكد المبلغ سلفا من صحة ما يبلغ به فذلك شأن الجهات المختصة بالتحقيق ، فمن ثم لا يسأل المبلغ عن التعويض عما قد يلحق المبلغ

ضده من أضرار إلا إذا كان في الأمر إساءة لاستعمال هذا الحق بأن صدر البلاغ عن سوء قصد أو بالأقل متسما برعونة وتهور ، عجز المبلغ عن إثبات الوقائع المبلغ عنها لا يقطع بكذبها كما أن القضاء بالبراءة من جريمة لعدم توافر القصد الجنائي فيها لا يدل على كذب البلاغ المقدم عنها " (الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩) وبأنه " حق التبليغ من الحقوق المباحة للأشخاص واستعماله لا يدعو الى مساءلة طالما لم ينحرف به صاحبه عن الحق المباح ابتغاء مضارة المبلغ ضده ، وتقدير قيام هذا الانحراف هو مما تستقل به محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضائها على ما يكفي لحمله " (الطعن رقم ١٤٧١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٦/٦) وبأنه " إذ كان الثابت من الشكوى ..... والجنح الثلاث التي تلتها أن المطعون ضده لم يسلم الطاعنة بعض منقولاتها موضوع تلك الشكوى فلما رفعت عليه الجنحة الأولى لهذا السبب عرض علها قيمة بعض هذه المنقولات فقبلتها منه وأنها أبلغت النيابة العامة في الجنحة الثانية بأنه تقاضت منها مبلغ ثلاثة آلاف جنيه كمقدم إيجار واستدلت على ذلكم بإيصال موقع منه يؤيد بلاغها ، وأن النيابة العامة هى التي رفعت عليه الدعوى الجنائية عن هذه الواقعة فقضى فيها وفي الجنحة الثالثة بالبراءة لعدم الاطمئنان لأدلة الاتهام وكان مؤدى ما تقدم أن الأفعال التي تأسس عليها طلب التعويض لا يفيد انحراف الطاعنة عن حقها في التقاضي الى الكيد والعنت واللدد في الخصومة ولا تتضمن ما يكفي لإثبات كذب الوقائع المبلغ بها ، ومع ذلك أقام الحكم قضاءه بالتعويض على أن الطاعنة أساءت بالأفعال المشار إليها استعمال حقها في التقاضي ابتغاء مضارة المطعون ضده – وهو من الحكم استخلاص غير سائغ وتكييف للأفعال غير صحيح – فإنه يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧) وبأنه " التبليغ عن الجرائم لا يسأل من قام به عن التعويض عنه ولو ثبت كذب الواقعة التي أبلغ بها طالما قامت لديه شبهات تبرر اتهام من اتهمه وتؤدي الى اعتقاده بصحة ما نسبه إليه " (الطعن رقم ٢٥٧١ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠) وبأنه " المقرر ن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم يعتبر حقا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم دون أدنى مسئولية على المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد بنية الكيد والنيل ممن أبلغ عنه أو إذا ثبت صدور البلاغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط " (الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/٦/٥) وبأنه " الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد واستعماله لا يدعو الى مؤاخذة طالما صدر مطابقا للحقيقة حتى لو كان الباعث عليه الانتقام والكيد ، لأن صدق المبلغ كفيل أن يرفع عنه تبعة الباعث الشيء ، وأن المبلغ لا يسأل مدنيا عن التعويض إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو

كان نتيجة عدم ترو ورعونة" (نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ طعن رقم ٤ لسـنة ٤٥ق ، نقض ١٩٨٢/١١/٧ طعن رقم ١٣٨١ لسـنة ٤٩ق) و بأنه " من المقرر طبقا للمادتين الرابعة والخامسة من التقنين المدني أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير ، وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ومن المقرر أيضا في قضـاء هذه المحكمة – أن الأصـل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد ، واسـتعماله لا يدعو الى مؤاخذة طالما صدر مطابقا للحقيقة ولو كان الباعث عليه الانتقام والكيد لأن صدق المبلغ كفيل أن يرفع عنه تبعة الباعث السيء ، وأن المبلغ لا يسأل مدنيا عن التعويض إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو كانت نتيجة عدم ترو ورعونة ، ومن المقرر أيضـا أن مجرد الإبلاغ عن الوقائع الجنائية لا يعد خطأ موجبا للتعويض إلا إذا كان المبلغ يعلم بعدم صحة ما أبلغ به أو كان إبلاغه عن رعونة وعدم تبصـر وكان في مقدورة الرجل العادي أن يتبين عدم صـحة الواقعة المبلغ عنها . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الشكوى رقم ..... إداري الأزبكية المقدمة صورتها الرسمية بأوراق هذا الطعن – أن اللجنة التي انتدبتها النيابة العامة عند تحقيقها لتلك الشـكوى أثبتت أن الطاعن تراخى وتأخر في تنفيذ أعمال المقاولة المسـندة إليه ، وكان يسـير ببطء وأن إمكانياته وخبرته ضـعيفة بالنسـبة لهذا النوع من الأعمال ، كما أنه تسـلك كميات كبيرة من الأسمنت جملتها سبعمائة طعن استخدم منها فقط عشرين طنا بالإضافة الى كمية قدرها طن ونصف الطعن وجدت بموقع العمل ، أما باقي الكمية فقد تصرف فيها ، كما تسلك ٣٨.٧٤٣ طعنا من حديد التسـليح اسـتعمل منها طنا واحدا ووجد بموقع العمل ٦.٤٤٩ طنا وتصـرف في الباقي ، وإذ كان الحكم المطعون فيد قد رأى أن الإبلاغ ضـد الطاعن له ما يبرره على ضـوء ما وقع منه من أفعال أثبتها تقرير اللجنة المنتدبة من النيابة وانتهى الى تأييد الحكم الابتدائي الذي قضـى برفض دعوى الطاعن بالتعويض قبل الشـركة المطعون ضـدها لما أورده في مدوناته من أن الطاعن لم يقدم ما يفيد توافر أركان دعوى المسـئولية التقصـيرية فلم يقدم ما يفيد توافر ركن الخطأ في حق الشـركة المطعون ضـدها بإثبات سـوء نيتها في الإبلاغ لأن مجرد تقديم الشـكوى ضـده لا يفيد سـوء النية إذ أن تقديم الشـكوى حق مقرر وليس في قرار النيابة بحفظ التحقيقات إداريا ما يفيد صـحة ما جاء بالشـكوى إذ أنها رأت فقط حفظها لأن النزاع حولها نزاع مدني ، وأضـاف الحكم أن الطاعن لم يثبت أن الشركة المطعون ضدها هى التي فرضت عليه الحراسة ولم يكن ذلك لسبب آخر يتعلق به ، وهو ما يفيد أن المحكمة الاسـتئنافية قد انتهت اسـتخلاصـا من الأدلة المقدمة إليها والموازنة بينها الى عدم توافر أركان المسئولية التقصيرية في حق الشركة المطعون ضدها ، ولما كان

استخلاص المحكمة لهذه الحقيقة التي اقتنعت بها سائغا وله اصل ثابت في الأوراق ويؤدي الى النتيجة التي انتهت إليه فهى ليست ملزمة بعد ذلك أن تتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وترد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها مادام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها ما يتضمن الرد المسقط لتلك الأقوال والحجج وهو ما يكون معه الحكم المطعون فيه قد التزم صحيح القانون وصحيح الوقائع التي تضمنتها الأوراق ويكون النعى عليه بمخالفة القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والقصور في التسبيب على غير أساس "

(الطعن رقم ١٣٣١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٦/٦)

كذلك قضت بأن " أن المقرر قانونا وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد – واستعماله لا يدعو الى مؤاخذة طالما صدر مطابقا للحقيقة وأن المبلغ لا يسأل مدنيا عن التعويض إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو كانت نتيجة عدك ترو ورعونة ، ولما كانت علاقة الدولة بالعاملين فيها هى رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها في هذا الشأن وواجبات هؤلاء العاملين تضبطها قواعد أساسية عامة تقوم على وجوب أداء العمل المنوط بهم بعناية الشخص الحريص المتبصر وبدقته ، وهذه القواعد الأساسية قد ترد في القانون مع ضوابطها ، وقد يخلو القانون منها دون أن يؤثر ذلك في وجوب التزام العاملين بالدولة بتلك القواعد التي يعتبر القانون هو المصدر المباشر لالتزاماتهم بها ويترتب على إخلالهم بتلك الالتزامات التي يفرضها عليهم عملهم بالدولة – إذا ما اضروا بها – مسئوليتهم عن تعويضها مسئولية مدنية مصدرها القانون طبقا للقواعد العامة وبغير ما حاجة الى نص خاص يقرر ذلك ، وتسأل جهة الإدارة عن أعمال موظفيها ولو لم ينسب الخطأ الى معين منهم ، ومتى كان ذلك ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بمسئولية المصلحة الطاعنة على أن " الثابت من الأوراق المقدمة في الدعوى أن مصلحة الضرائب قد انحرفت عن السلطة التي رسم القانون لها أوجه طعن معينة ، والثابت من تقرير الخبير في الدعوى ..... كلي قنا أن المتهم (المطعون ضده) لم يرتكب طرقا احتيالية للتخلص من أداء الضريبة عن النشاط الجديد عن الأسمنت والمقاولات موضوع الربط الإضافي فإن عدم تقديم الإقرار بشأنه لم يكن معاقبا عليه في ذلك الوقت وأنه لم يظهر من فحص المأمورية محاولة المتهم للتهرب كما جاء في أسباب الحكم الابتدائي الذي أحال عليه الحكم المطعون فيه " أن ... البلاغ الصادر من مصلحة الضرائب الى النيابة العامة بأن المطعون ضده متهرب من الضرائب ويتخذ طرقا احتيالية للتهرب منها كان رعونة وانحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادي الذي يتعين عليه أن يتبين الحقيقة قبل أن يصيب المطعون ضده في شرفه وسمعته ..." ، وقد خلص المطعون فيه من كل ذلك الى أن انحراف مأمورية الضرائب في تصرفاتها إزاء المستأنف عليه هو خطأ من جانبها – ومتى كان

ذلك – فإن الحكم المطعون فيه يكون قد استخلص الواقعة من الدعوى استخلاصا سائغا ومقبولا وله سنده من الأوراق والنتيجة التي خلص إليها من أن بلاغ المصلحة الطاعنة ضد الطاعن كان رعونة وتسرعا وأنها انحرفت في تصرفاتها إزاء المطعون ضده صحيحة ومحمولة على ما يكفي لحملها وتكييف الحكم لها على هذا الأساس بأنها خطأ موجب للمسئولية تكييف صحيح في القانون ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والقصور في التسبيب ومخالفة الثابت في الأوراق والتحصيل غير السائغ في هذا الصدد ومن ثم على غير أساس" (الطعن رقم ١٣٨١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/١١/٧) وبأنه " المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن المسئولية عن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من جرائم لا تقوم إلا إذا ثبت كذب البلاغ وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكاية بمن ابلغ عنه وثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياطه " (الطعن رقن ١١٢٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٨) وبأنه " المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية قد جرى نصها على أن ط لكل من علم بوقوع جريمة ، يجوز للنيابة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها ..." ، مما مفاده أن إبلاغ النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي بما يقع من تلك الجرائم يعتبر حقا مقرر لكل شخص لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له ، واستعماله ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على أنه " بعد شكوى زوج المستأنف عليها " الثانية الطاعنة الثانية – الثابتة بالتحقيقات .... جنح أمن دولة مصر الجديدة ، وحفظها عاود المستأنف عليه الأول – الطاعن الأول الإبلاغ لنيابة شرق القاهرة في ١٩٧٦/١٠/٧ .... بل تقدم بعد رفع دعوى التعويض ببلاغ في الشكوى رقم ٤٧٣ لسنة ١٩٧٨ إداري مصر الجديد .... بل نشر بالعدد ٧٩٨٤ في ١٩٧٥/١١/٥ بالجمهورية تحقيقا صحفيا عن بلاغ المستأنف عليه الأول للمدعى الاشتراكي ، نشر بالعدد ٨٣٠٥ من ذات الجريدة الصادر في ١٩٧٦/٩/٢٣ وبالصفحة الأولى صورة فوتوغرافية للمستأنف عليها وكانت تحتها اسم وعبارة دفعت ٦٠٠ جنيه خلو رجل ضمن ما قيل أنه بلاغات للمدعى الاشتراكي عن الخلوات واستكمل في الصفحة الثالثة من العدد بأقوال نسبت لشقيقها المستأنف عليها الأول من أن شقيقته وزوجها دفها خلو رجل لمالكة العقار وقدره ٦٠٠ جنيه ، فكل هذه البلاغات والنشر بعد حفظ التحقيق في بلاغ زوج المستأنف عليها الثانية في ١٩٧٤/١١/٢٣ ، بل أن تحقيقاتها تناقض الشهود فيها بصدد من حضر دفع الخلو ومن دفعه ، ولا شك أن أفعالهما هذه المتمثلة في البلاغات والنشر بالجريدة أساءت الى سمعة المستأنفة – المطعون عليها – وأظهرتها بمظهر المستقلة التي تخالف القانون بتقاضي خلو رجل بما اضر بها ضررا أدبيا ، كما أنه كبدها جهد ومصاريف التقاضي والاستجوابات بما يلزمان معه بجبره "

، وكان مؤدى ذلك ، أن الحكم المطعون فيه اعتبر أن تقديم البلاغ من زوج الطاعنة الثانية ثم تكراره من الطاعن الأول ، بمثابة انحراف في اســتعمال الحق مقترنا بســوء القصــد ، وإذ كانت المطالبة بالتعويض قوامها خطأ المسئول ، وكان تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ ونفى هذا الوصـف عنها هو من المسـائل التي يخضـع قضـاء محكمة الموضـوع فيها لرقابة محكمة النقض ، وكان مقتضـــى المادة الرابعة من القانون المدني أن من اســتعمل حقه اســتعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ من ذلك من ضرر ، وكان هذا الذي أورده الحكم المطعون فيه لا يصـــبح ســندا لتوفر الخطأ الموجب للمســئولية ، ولا يكفي لإثبات انحراف الطاعنين عن حق الشــكوى الذي يعتبر من الحقوق المباحة للأفراد ، ولا يترتب على اســتعماله أدنى مســئولية قبل المبلغ طالما لم يثبت كذل الواقعة المبلغ عنها ، وإن التبليغ قد صـدر عن سـوء قصـد . هذا إلى أن الحكم المطعون فيه خلص إلى اعتبار الطاعنين مسـئولين عن التعويض اسـتنادا إلى مجرد نشـر الوقائع آنفة الذكر في جريدة الجمهورية دون أن يعرض الحكم إلى نســبة هذا الفعل إليهما أو تداخلهما فيه . لما كان ما تقدم ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشـــابه الفســاد في الاســتدلال والقصــور في التســيب مما يوجب نقضــه " (الطعن رقم ٨٣٣ لســنة ٥٠ق جلســة ١٩٨١/٢/١٧) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية أن إبلاغ النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي بما يقع من جرائم يجوز للنيابة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب ، يعتبر حقا مقررا لكل شخص ، ولكن لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله ابتغاء مضارة الغير وإلا حقن المساءلة بالتعويض ولما كان الذي أورده الحكم المطعون يه لا يصح سندا لتوافر الخطأ الموجب للمسئولية ، ولا يكفي لإثبات انحراف الطاعنين عن حق الشكوى الذي يعتبر من الحقوق المباحة للأفراد ، ولا يترتب على استعماله أدنى مسئولية قبل المبلغ طالما لم يثبت كذب الواقعة المبلغ عنها ، وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد . هذا إلى أن الحكم المطعون فيه خلص إلى اعتبار الطاعنين مسئولين عن التعويض استنادا إلى مجرد نشر الوقائع آنفة الذكر في جريدة الجمهورية دون أن يعرض الحكم إلى نســـبة هذا الفعل إليهما أو تداخلهما فيه . لما كان ما تقدم ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشـــابه الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب " (الطعن رقم ٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٤) وبأنه " يكفي لعدم مســـاءلة من أبلغ كذبا عن التعويض عن الواقعة التي أبلغ بها أن تقوم لديه شبهات تبرر اتهام من اتهمه وتؤدي لى اعتقاده بصحة ما نسبه إليه " (نقض ١٩٨٠/٣/١١ طعن ٢٨٣ لســنة ٤٧ق) وبأنه " يكفي لعدم مســاءلة المجني عليه – المدعى في دعوى البلاغ الكاذب عن الواقعة التي أبلغ عنها – أن تقوم لديه شـبهات تبرر اتهام من اتهمه " ، ولما كان الحكم براءة الطاعن من التهمتين المســندتين إليه – البلاغ الكاذب والقذف – لم يبنى على عدم صــحة الوقائع

التي أسندها إليه المطعون عليه الثاني في صحيفة دعوى الجنحة المباشرة ، وإنما بنى على انتفاء سوء القصد وهو أحد أركان التهمة الأولى ، وعلى عدم كفاية الأدلة بالنسبة للتهمة الثانية ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى انتفاء سوء قصد المطعون عليه الثاني – المدني عليه – للأسباب التي سقتها ورأى أن في ظروف الدعوى وملابساتها ما يكفي لتوافر الدلائل المؤدية الى صحة اعتقاده بصحة ما نسبه الى الطاعن في دعواه ، فإن هذا الذي قرره الحكم يعتبر استدلالا سائغا يكفي لحمل النتيجة التي انتهى إليها برفض دعوى التعويض " (الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٤/٨) وبأنه " إذ كان الحكم حين قضى بمسئولية الطاعنين عن التبليغ في حق المطعون عليه بأنه اختزن كميات وفيرة من الأقمشة والأدوات الكهربائية قد استند في ذلك الى ما حصله تحصيلا سائغا من وقائع الدعوى من أن ما قصده المبلغات إنما هو التبليغ عن تهمة حبس هذه السلع عن التداول بقصد التأثير في الأسعار ، وأن هذه التهمة غير صحيحة والمبلغين كانا يعلمان بعدم صحتها ، وأنه على فرض انتفاء هذا العلم فإن التبليغ حصل عن رعونة وعدم تبصر ، إذ الواقعة المبلغ عنها كان في مقدور الرجل العادي أن يتبين عدم صحتها في حين أن أحد المبلغين محام مسئول عن وزن أعماله وتقديرها قبل الإقدام عليها ، فإنه بذلك يكون قد أثبت توافر ركن الخطأ الموجب للمسئولية ، فلا يصح الطعن فيه بمقولة إن الوقائع المادية التي حصل التبليغ عنها قد أثبتت صحتها المحكمة العسكرية وأن هذه المحكمة وإن قضت ببراءة المتهم فقد كان ذلك على اساس أنه لم يثبت أن قصده من اختزان السلع هو التأثير في أسعارها " (الطعن رقم ١٠٥ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١١/٢٥) وبأنه " إذ كان الحكم المطعون فيه قد ذهب الى أن التغييرات التي أحدثها الطاعن في العين المؤجرة دون إذن من المؤجرة يعتبر دعامة كافية للحكم بالإخلاء وفقا لنص المادة ٢٣/جـ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ دون أن يعتبر المطعون ضدها متعسفة في استعمال حقها في طلبه على أساس أنه " قد ثبت من تقرير الخبير المنتدب أن هذه التغييرات ترتب ضررا بالمؤجرة إذا أدت الى التقليل من الانتفاع بالعين المؤجرة " ، في حين أنه يبين من تقرير الخبير أن التعديلات لا تؤثر من الناحية الإنشائية على حائط المبنى ، وإنما تمت بقصد توسيع مسطح المطبخ فترتب على ذلك إزالة دورة المياه الإضافية ، فإنه لا يكون سائغا قول الحكم أنه يترتب على هذه التعديلات ضرر بالمؤجرة (المطعون ضدها) والتي لا تثار مصلحتها بصدد الانتفاع بالعين إلا عند انقضاء الإيجار حيث يلتزم المستأجر برد العين بالحالة التي تسلمها بها ، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه الفساد في الاستدلال " (نقض ١٩٨٢/٢/١ طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٥ق)

- واستبعاد النيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام والقضاء لصالحه بالبراءة لا ينهض دليلاً على عدم صحة الوقائع المبلغ بها ، فقد قضت محكمة النقض بأن "تبليغ الجهات المختصة

بما يقع من الجرائم لا يعد خطأ تقصيريا يستوجب المبلغ إلا إذا كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنيل والنكاية بمن ابلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط ، فمجرد عجز المبلغ عن إثبات الوقائع المبلغ عنها لا يقطع حتما بكذبها" (الطعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩) وبأنه " قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذي تفسره لصالح المتهم لا يدل بمجرده على كذب الواقعة المبلغ عنها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسئولية المدنية طالما لم تفصل المحكمة الجنائية في هذا الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية " (الطعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩) وبأنه " استبعاد النيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام وإقامة الدعوى الجنائية على غيره لا تنهض دليلا على عدم صحة الوقائع المبلغ بها ، ولا يقيد ذلك المحكمة المدنية التي يجب ألا تبني قضاءها إلا على ما يقتضيها بحثها عناصر المسئولية من النزاع المطروح عليه " (الطعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩) وبأنه " النص في المادتين ٢٥ ، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم – التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية فيها بغير شكوى أو طلب – يعتبر حقا مقررا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ومن ثم فإن استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا تترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط ، أما إذا تبين أن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذي أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه ، ومن ثم فلا تثريب على المبلغ إذا أبلغ النيابة العامة بواقعة اعتقد بصحتها وتوافرت له من الظروف والملابسات الدلائل الكافية والمؤدية الى اقتناعه بصحة ما نسب الى المبلغ ضده " (الطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٩/٣٠)

- حق الدفاع ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لئن كان الدفاع حقا للخصم إلا أن استعماله له مقيد بأن يكون بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها والذود عنها ، فإذا هو انحرف في استعماله عما شرع له هذا الحق أو تجاوزه بنسبة أمور شائنة لغيره ماسة باعتباره وكرامته ، كان ذلك منه خطا يوجب مسئوليته هما ينشأ عنه من ضرر ولو كانت هذه الأمور صحيحة مادام الدفاع في الدعوى لا يقتضي نسبتها إليه " (الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤) وبأنه " المقرر – وعلى ما جرى به قضاءا هذه المحكمة – أن حق الالتجاء

الى القضـاء هو من الحقوق المشـروعة التي تثبت للكافة فلا يكون من اسـتعمله مسئولا عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير ، كما أن حق الدفاع في الدعوى حق مشروع للمدعى عليه ولا يكون مسئولا عما يرتبه من ضرر إلا إذا أساء استعماله – بالتغالي فيه أو بالتحليل به – إضـرارا بخصـمه ، وتقدير التعسـف والغلة في اسـتعمال هذا الحق هو من إطلاقات محكمة الموضوع متروك لتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابسلاتها دون معقب في ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله ومؤدية الى النتيجة التي تنتهى إليها " (الطعن رقم ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٠) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تحديد نطاق الدفاع في الدعوى وما يعد تجاوزا له واستخلاص الخطأ الموجوب للمسئولية وعلاقة السـببية بين الخطأ والضـرر وتقدير الضـار بمراعاة الظروف الملابسـة ، وتحديد التعويض الجابر له ، هو من مسـائل الواقع مما يدخل في حدود السـلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام سائغا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى " (الطعن رقم ٥٩٥ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٣١) وبأنه " الأصل أن التقاعس عن موالاة الخصومة يرتب بذاته مصلحة قانونية مشروعة لكل خصم حقيقي فيها للتخلص منها حتى لا يظل معلقا دون حدود بإجراءات تخلى أطرافها عن إكمال السـير فيها خلال المدة القانونية ومن ثم فقد أجاز المشـرع لأى منهم طلب الحكم بسقوطها أو انقضـائها حسب الأحوال دون أن يكون في هذا الطلب شبهة تعسف في استعمال الحق لاستناده الى مصلحة مشروعة " (الطعن رقم ٢٧٩٧ لسـنة ٥٨ق جلسـة ١٩٩٢/١١/١٩) وبأنه " لئن كان حق الدفاع من الحقوق المباحة للخصـم اسـتعماله – وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – مقيد بأن يكون بالقدر اللازم لاقتضـاء حقوقه التي يدعيها والذود عنها فإذا هو انحرف في اسـتعماله عما شـرع له هذا الحق أو تجاوزه بنسبة أمور شائعة لغيره ماسة باعتباره وكرامته ، كان ذلك منه خطا يوجب مسئوليته عما يذشأ منه ضرر مادام الدفاع في الدعوى لا يقتضي نسبتها إليه " (الطعن رقم ٥٩٥ لسنة ٥٦ق جلسـة ١٩٨٩/١٢/٣١) وبأنه " ما كان ما أورده الحكم المطعون فيه كافيا لنفى الكيدية عن الإجراء الذي اتخذه المطعون عليه – استصدار أمر اختصـاص بعقار الطاعن – فإنه لا يؤثر على سـلامته ما ذهب إليه تزيدا من أن خطأ الطاعن بعدم سـداد الأتعاب هو الذي جر المطعون عليه الى الخطأ في استصـدار أمر الاختصـاص " (الطعن رقم ٢٨٣ ، ٤٣٢ لسـنة ٣٨ق جلسـة ١٩٧٤/٥/٩) وبأنه " لا يكفي لإعمال الجزاء المنصـوص عليه في المادة ٢٢٩ من القانون المدني وقوع خطأ في الدائن في مسـلكه في الدفاع في الخصـومة ولو كان هذا الخطأ جسيما ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ، ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن دفاعا يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سيئ النية في

إطالة أمد التقاضـــي ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدي وأن القصـــد من تقديمه إطالة أمد التقاضـــي إضــرارا بالمدين " (الطعن رقم ٣٣١ لسـنة ٣٥ق جلسـة ١٩٦٩/٧/٣) وبأنه " إذا كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه – الزوج – قدم بين مستنداته الى محكمة الموضوع تقريرا من مستشفى فيينا علق عليه بأن الطاعنة – زوجته – كانت حاملا منه قبل أن يعقد عليها ن وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجولة ، لأنه كان في استطاعته ألا يتزوجها ، كما قدم شـــهادتين من رجال الشــرطة بالنســا بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج في مسكن واحد ، وذلك ردا على ادعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج ، وقد تمسكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع أن هذا القذف الشائن من المطعون عليه في حقها كان تنفيذا لوعيده أمام السفير المصري بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت عليه دعوى بالطلاق ، وأن هذا يكفي لإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة ، ولما كانت العبارات التي أوردها المطعون عليه على النحو السالف البيان لا يستلزمها الدفاع في القضية التي رفعتها عليه الطاعنة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة كانت من القصـر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه ، كما أن رغبته في التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة ، لم يكن يستلزم أن يتهمها في خلقها وعفتها مدعيا بأنها كانت على علاقة غير شـــرعية به ، وحملت منه قبل الزواج . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن تلك العبارات يقتضـــيها حق الدفاع في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه ، وغذ كان الموضوع صالح للفصـــل فيه ، وكان ما نســـبه المطعون عليه الى الطاعنة على الوجه المتقدم ينطوي على مضـــارة لا يمكن مع وجودها اسـتدامة العشـرة الزوجية بينهما ، فإنه يتعين القضـاء بتطليق الطاعنة من المطعون عليه طلقة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ " (الطعن رقم ١٦ لسـنة ٣٨ق جلسـة ١٩٧٤/٦/٥) وبأنه " العبرة في تحديد نطاق الدفاع في الدعوى وما يعد تجاوزا له بموضـــوع الخصـــومة المطروحة وما يستلزمه اقتضاء الحقوق المدعى بها أو دفعها هو أمر يستقل بتقديره قاضي الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة " (الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

- التعسـف في اسـتعمال حرية الرأى : الصـحافة : أن إسـاءة اسـتعمال حرية الرأى بالقول أو الكتابة ، بحيث يحيد المرء بهذه الحرية عن مقاصـــدها الاجتماعية ، أو إذا اقترن اســتعمالها بســوء النية ، أو بنية الإضــرار موجب للمسـئولية ، فيلزم بالتعويض صــاحب الجريدة الذي حرض الجمهور على مقاطعة أحد التجار ، ومخبر الجريدة الذي أملى اســم شـــخص قبض

عليه بتهمة سرقة خطيرة كان قد أطلق سراحه على الفور ، ونشر الصحفي خبر توقف أحد التجار عن الدفع ، دون أن يستوثق الخبر ، حتى ولو كان النشر بسلامة نية اعتماد على رواية أحد مخبريه موجب للحكم بالتعويض .

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة الخامسة من القانون ١٤٨ لسنة ١٩٨٠ في شأن سلطة الصحافة يدل على أن للصحفي الحق في نشر ما يحصل عليه من أنباء أو معلومات أو إحصائيات من مصدرها مادام ملتزم في ذلك حدود القانون باعتبار أن الصحافة تحقق مصلحة المجتمع في أن يعلم أفراده ما يجري فيه حتى يتاح لهم الإطلاع على قدر مشترك من القيم الاجتماعية فتكون رباطا يجمع بينهم وهى سبيله الى التطور باعتبار أن نشر الخبر الصحيح وتوجيه النقد البناء هما الأساس والمنطق للكشف عن العيوب القائمة والتمهيد لظهور جديد يفضل القديم والتنبيه الى الأضرار التي تترتب على التصرفات التي تصدر من بعض الأشخاص والدعوة الى تلافيها " (الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٥/٢/٨) وبأنه " أمد الدستور على الأهمية الاجتماعية للصحافة فنص في المادة ٤٧ على أن حرية الرأى مكفولة ولكل إنسان التعبير عم رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني وفي المادة ٤٨ على أن حرية الصحافة والطباعة وإنذارها أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري محظور وفي المادة ٤٩ على أن تكفل الدولة للمواطنين حرية البحث العلمي والإبداع الفني والثقافي وتوفير وسائل التشجيع اللازمة لتحقيق ذلك بل أن أداء وسيلة الإعلام قد ينطوي على ما يمس شرف أحد الأشخاص في صورة قذفه بعبارات قاسية بحيث يتبين أن داء هذه الوظيفية غير ممكن في الصورة التي تقتضيها مصلحة المجتمع بدون هذا المساس فإذا ثبت ذلك تعين إباحة هذا المساس ترجيحا بين حقين أحدهما أكثر أهمية من الآخر " (الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٥/٢/٨) وبأنه " إذا كان سند إباحة حق النقد على نحو ما سلف هو استعمال الحق وما يقتضيه من وجوب توافر الشروط العامة لهذا الاستعمال ومنها صحة الواقعة أو الاعتقاد بصحتها وطابعها الاجتماعي كشرط لتحيق المصلحة الاجتماعية التي تقوم عليها تلك الإباحة ذلك لأن المجتمع لا يستفيد من نشر خبر غير صحيح أو نقد يقوم على تزييف الحقائق وتشويهها أو يتناول واقعة تمس الحياة الخاصة لشخص معين ولا تهم المجتمع في شيء كذلك يشترط لإباحة هذين الحقين موضوعية العرض واستعمال العبارة الملائمة وتعني أن يقتصر الصحفي أو الناقد على نشر الخبر و توجيه النقد بأسلوب موضوعي فلا يلجأ الى أسلوب التهكم والسخرية أو يستعمل عبارات توحي لقارئه بمدلول مختلف أو غير ملائمة أو أقسى من القدر المحدود الذي يقتضيه عرض الواقعة أو التعليق عليها وفي ذلك تقول محكمة النقض إنه وإن كان للناقد أو يشتد في نقد أعمال خصومه ويقسو

عليهم ما شـــاء إلا أن ذلك كله يجب ألا يتعدى حد النقد المباح فإذا خرج ذلك الى حد الطعن والتشـــهير والتجريح فقد حقت عليه كلمة القانون " (الطعن رقم ١٥١٢ لســـنة ٥٩ق جلســـة ١٩٩٥/٢/٨) وبأنه " ضابط ملائمة العبارة هو ثبوت ضرورتها لتعبير الناقد عن رأيه بحيث يبين بأنه لو كان قد استعمل عبارات أقل عنفا فإن فكرته لم تكن لتحظى بالوضوح الذي يريده وأن رأيه لن يكون له التأثير الذي يهدف إليه وقاضـــي الموضـــوع هو صـــاحب السـلطة المطلقة في تقدير التناسـب بين العبارة من حيث شـدتها وبين الواقعة موضـوع النقد من حيث أهميتها الاجتماعية ، ويشـــترط للإباحة حســـن النية ويعني أن يكون الهدف من نشـــر الخبر أو توجيه النقد هو تحقيق مصلحة المجتمع لا التشهير والانتقام " (الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٥/٢/٨) وبأنه " المقرر – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – أن تكييف الفعل المؤســـس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه هو من مسائل القانون التي يخضع فيها قضاء محكمة النقض لرقابة محكمة النقض" (الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٥/٢/٨)

- التعسف في استعمال النقد السياسي والأدبي والفني والمسرحي : الأصل إباحة نقد الآراء والمذاهب الســياســية والمؤلفات الأدبية والفنية ، ولكن على شــرط ألا يخرج ذلك النقد عما يقتضيه النفع العام ، وأن يكون مجردا عن الهوى ، فإذا كان الدافع إليه عوامل شريرة أو كان فيه تعريض بصـــاحب الرأى ، أو أريد به الغض من قدره والحط من كرامته فإنه بذلك يكون قد حاد باستعمال هذا الحق عن الغرض المقصود منه . (عز الدين الديناصورى ، عبد الحميد الشواربي)
- التعســف في اســتعمال حق التهذيب والتأديب : للأب الولاية على أولاده الصــغار ، والكبار غير المكلفين ، ذكور وإناثا في النفس وفي المال (م٤٢٠ أحوال شـــخصـــية) وتنص المادة الســـابعة عقوبات على أن " لا تخل أحكام هذا القانون في ألا حال من الأحوال بالحقوق الشـخصـية المقررة في الشـريعة الغراء " ، وتنص المادة ٦٠ بأن " لا تسـري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة " ، وهذا الحق مقيد بأن يكون الضرب للتأديب والتعليم ، وألا يكون فاحشا فإذا كان الضرب لغير ذلك يكون الأدب مسئولا ويحق عليه العقاب .
- التعســف الولاية على النفس والمال : إن للأب الحق في جبر أولاده الصــغار ، والكبار غير المكلفين ذكورا أو إناثا على النكاح ، ويجب اســتعمال هذا الحق في مصــلحة الصــغير ، بغير أن يلحق به أى مضرة ، ولا يجوز أن يمتنع عن تزويج من له الولاية عليها ، إذا كان في هذا الامتناع مضــــرة بها ، وكذلك في ولاية الأب على الأموال ، فإذا بدد الولى أموال ابنته

الصغيرة كان غير أمين ، ويجب عزله من الولاية ، والجزاء لا يقتصر على سلب الولاية ، بل التعويض مقابل الأضرار ، وبطلان التصرفات .

- تعسف الزوج على زوجته : تجرى قوانين الأحوال الشخصية على ولاية الزوج على زوجته فيما يحفظ به عرضـــه و ماله . فله الحق في منعها من الخروج من بيته إلا إذا كان لزيارة والديها في كل أســبوع ، ولزيارة غيرها من المحارم كل ســنة مرة ، وحق الرقابة يخول له منعها من الخروج إذا كان يخشـــى عليها الفتنة ، فإذا لم يكن هناك ما يدعو لذلك فلا يحق له منعها ، وكذلك لا يحق له منعها من الخروج إذا أرادت أداء فريضـــة الحج مع محرم لها ، أو كانت تطلب علما دينيا ولم يكن الزوج حافظا له ، وللزوج أن يخرج بزوجته من البلد الذي كان قد تم فيه عقد زواجهما إن كان مأمونا عليها ، ولم يكن هذا الانتقال بقصد إضرارها أو لم يكن يخشى عليها الضرر منه ، وهذا الحق مقيد بأنه تكون المسافة بين البلدين أقل من مسافة القصر ، أو السفر الشرعي ، كما أن للزوج حق تأديب زوجته تأديبيا خفيفا عما يصدر منها من معصية لم يرد في شأنها حق مقرر ، كما لو كشفت وجهها لغير محرم مع خوف الفتنة ، أو التحدث الى أجنبي مع خشـــية الفتنة ، ولكن هذا الحق مقيد بأن يكون إجراؤه متفقا مع غرض الشريعة منه ، وهو الإصلاح والتأديب حقا ، فلا يصح أن يكون للانتقام أو الإيذاء أو المضايقة ، فإذا ما ضرب زوج زوجته ، فأحدث بها سحجين في ظاهر الخنصر وسحجا آخر في الصـــدر ، فهذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجا عن حدود حقه المقرر بمقتضـــى الشـريعة ، ومسـتوجبا للعقاب والتعويض . (المسـتشـار عز الدين الديناصـوري ، والدكتور عبد الحميد الشواربي)
- التعسف في رفع الدعوى ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من مسلكه في دعاوى الطرد أو ادعائه أنه المستأجر ونسبة السرقة الى ذوي المطعون عليها كان استعمالا لحقه في الادعاء والتبليغ لأن هذين الحقين ينقلبان الى مخبثة إذا أسئ استعمالهما " (نقض ١٩٧٥/١١/١٩ طعن ١٣ لسنة ٤٣ق) وبأنه " حق الالتجاء الى القضاء مقيد وجود مصـلحة جدية ومشـروعة ، فإذا ما تبين أن المدعى كان مبطلا في دعواه ولم يقصـد بها إلا مضارة خصمه والنكاية به فإنه لا يكون قد باشر حقا مقررا في القانون بل يكون عمله خطا يجيز الحكم عليه بالتعويض " (نقض ١٩٦٥/٢/١٨ طعن ١٧٤ لســنة ٣٠ق) وبأنه " حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضـع له واسـتعماله اسـتعمالا كيديا ابتغاء مضـارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض – وسواء في هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه و لم يقترن به تلك النية ، طالما أنه كان يسـتهدف بدعواه مضـارة خصـمه ، فإذا كان الحكم

المطعون فيه قد استخلص توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفلاس المطعون عليه – فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه في هذا الخصوص على أساس سليم " (نقض ١٩٥٩/١٠/١٥ طعن ٢٢٣ لسنة ٢٥ق) وبأنه " متى كانت المحكمة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفعت من الغير وقضى فيها جميعا بالفرض كانت دعاوى كيدية أقيمت بإيعاز من الطاعن والتواطؤ معه إضرارا بالمطعون عليه كما استدلت على كيدية الدعاوى التي رفعها الطاعن على المطعون عليه بمضيه في التقاضي رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الأطيان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه ، فإنه يكون في غير محله النعي على حكمها بالقصور في بيان ركن الخطأ في مسئولية الطاعن " (نقض ١٩٥٢/٤/١٠ طعن ٢٦٩ لسنة ٣٠ق) وبأنه " إذا حكم على خصم في الدعوى بدفع مبلغ معين للخصم الآخر تعويضا عن إجراءات معينة اتخذها واعتبرتها المحكمة كيدية ، وكان كل ما أسند الى المحكوم عليه هو أنه أنكر بقاء زوجة أبيه في عصمته حتى وفاته وأنه دفع دعواه في ذلك بأن أباه طلقها بمقتضى ورقة مكتوبة بخطه وعليها إمضائه والتاريخ ، ثم لما كلف بإثبات دفعه هذا ، رغم ادعاء المدعية أنه دفع جلى ، حكم بعد التعويل عليه للعجز عن إثباته ، وكلفت الزوجة بإثبات بقاء عصمتها بالبنية الشرعية فأثبتتها وحكم لها بناء على ذلك ، إذا كان هذا ، وكان الثابت من ظروف الدعوى الشرعية المبينة بالحكمين الشرعيين الصادرين فيها أنها سارت سيرها العادي ، وأن المدعى عليه فيها – وهو المحكوم عليه بالتعويض – كان يستعجل الفصل فيها ، وأن إنكاره بقاء الزوجية ودفعه الدعوى بالطلاق لم تتشعب بها الخصومة ، ولم تتكبد بسببهما المدعية مصاريف خاصة ، فإن هذا الحكم يكون خاطئا لعدم توافر أركان الكيدية فيما وقع من المحكوم عليه والطريق الذي كان يجب سلوكه هو مطالبة المدعية المدعى عليه بالمصاريف تأسيسا على المادة ١١٤ من قانون المرافعات ، لأن الحكم المستفاد من هذه المادة هو أن من سعى في إنكار دعوى خصمه فخاب سعيه يعجزه عن إثبات الدفاع الذي تذرع به يلزم بالمصاريف " (نقض ١٩٣٩/٦/٨) وبأنه " الإنكار الكيدي هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة : أولها خروج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضارة خصمه ، وثانيها كون هذا الإنكار ضارا فعلا ، وثالثها كون الضرر الواقع قد ترتب فعلا على هذا الإنكار وبينهما علاقة السببية . فالحكم الذي يقضي بمسئولية خصم عن الأضرار الناشئة عن إنكاره ، إذا اقتصر على التقرير بصدق مزاعم المدعى في ادعائه بأن الإنكار كيدي ولم يوازن بينها وبين دفاع المدعي عليه ، ولم يعن بإيراد العناصر الواقعية والظروف الحاصلة التي يصح استخلاص الكيدية منها بمعناها

القانوني ، يكون حكما معيبا متعينا نقضه " (نقض ١٩٣٣/١١/٩ طعن ٤٧ لسنة ٣ق) وبأنه " إن الإجابة على الدعوى بإنكارها هى في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضي به إلزام خصمه بإثبات مدعاه ، فإن سعى بإنكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات . أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار أو بالتغالي فيه أو بالحيل به ابتغاء مضارة خصمه ، فإن هذا الحق ينقلب مخبثة تجيز للمحكمة ، طبقا للمادة ١١٥ من قانون المرافعات الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء فعله هو " (نقض ١٩٣٣/١١/٩ طعن ٤٧ لسنة ٣ق)

- نشر الحكم الصادر لصالح خصم ، فقد قضت محكمة النقض بأن " يحق للمحكوم له أن ينشر مضمون ما قضى به نهائيا لصالحه حماية لحقوقه التجارية ، ولا يكون في مسلكه على هذا النحو خطا يوجب مساءلته " (الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/١٧) وبأنه " لا تمتد الحصانة الى نشر وقائع التحقيقات الابتدائية وما يتخذ فيها من ضبط أو حبس أو اتهام أو إحالة الى المحاكمة لاقتصارها على الإجراءات القضائية العلنية والأحكام التي تصدر علنا ، وتترب مسئولية الناشر على مخالفة ذلك " (الطعن رقم ٢٤٤٨ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)
- التعسف في العدول عن الخطبة : الخطبة : هى طلب الرجل التزوج من امرأة بعينها لا يحرم عليه أن يتزوجها ، وبعبارة أخرى هى إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية ، فإذا أجيبت هذه الرغبة بقبول من المرأة ، أو ممن له صفة شرعية في النيابة عنها تمت الخطبة بينهما ، وإذا ما تمت الخطبة ، فإنها لا تعدو أن تكون تواعدا متبادلا بين الرجل والمرأة ، بعقد زواجهما في المستقبل ، وهذا الوعد ليس له قوة الإلزام والالتزام ، فلا يلزم الطرفين ، بالزواج بينهما ، ولهذا يجوز لكل منهما العدول عن الخطبة ، والرجوع عن الوعد في أى وقت ، هذا من الوجهة القانونية ، ولكن من الوجهة الأدبية الأخلاقية لا ينبغي أن يعدل المرء عن الخطبة وعن الوفاء بالوعد إلا إا وجد سبب قوي استدعى فسخ الخطبة .
- التعسف عن إساءة استعمال السلطة والتعويض عنه : يقصد بإساءة استعمال السلطة وهو ما يعرف في القانون الإداري بالتعسف في استعمال السلطة ، ما يصدر من السلطة الإدارية من عمل تهدف الى غير ما من أجله منحت سلطاتها وذلك أثناء قيامها بما يدخل في اختصاصها ومع مراعاة الأوضاع الشكلية . أما انحراف الإجراء الإداري فيقصد به خروج الإدارة من حدود النطاق الذي رسمه لها القانون ويمكن معرفة ذلك ببحث الدوافع الداعية لاتخاذه ولا

يتخلص الإجراء من اعتباره انحرافا أن يكون ثمة دواع اســتثنائية دعت إليه كما لا يجوز للإدارة أن تتعلل في تبرير انحرافه بسلطتها في التقدير ، إذ مهما يكن من سلطتها التقديرية فإنه لا يجوز أن يكون وسيلة لتحقيق ما ليس للصالح العام وإنما يجب على الإدارة أن تلتزم حدود النطاق الذي رسمه لها القانون ، ويعتبر العمل الإداري سليما إذا كان الهدف الأساسي منه تحقيق غرض مشروع ولو اقترن به تحقيق أغراض أخرى غير مشروعة ، ويعتبر الغرض شخصيا وفي غير الصالح العام إذا قصد به تحقيق نفع مادي ، فقد قضت المحاكم بإلغاء قرار حاكم البلدة الذي حرم فيه إدخال لحوم إليها غير مذبوحة بمجزر البلدة بحجة الوقاية الصحية ، وتبين أن الغرض الحقيقي من هذا القرار كان ماليا ، وقد يكون الدافع في الانحراف تحقيق أغراض خاصة كالأمر الإداري بإغلاق مصنع لا لخطورته وإنما بناء على تعليمات وزارة المالية التي كانت تنوي نزع ملكيته ، ويجوز أن يكون العمل خاليا من الانحراف وكنه ينطوي على العسف في استعماله للحقوق الإدارية ، وفي هذه الحالة يقضي بالتعويض عما وقع من ضرر بسبب ما جرى من عسف في العمل الإداري ولو لم يقض بإلغائه لخوله من عيب الانحراف ، ويجب أن يكون عيب إساءة استعمال السلطة كمبرر لإلغاء القرار الإداري منطويا في القرار ذاته وليس في وقائع سابقة عليه أو لاحقة له ، وأن يكون هذا العيب مؤثرا في توجيه القرار وليس منقطع الصلة به ، وأن يقع ممن يملك إصداره ، أى ليس من أجنبي عنه ، وأساس المسئولية في إساءة استعمال السلطة ما نصت عليه المادة ١٦٣ من القانون المدني وينحصر في الخطأ أو التقصير وتسأل الحكومة في هذا كبقية الأفراد عن الخطأ الذي يقع منها فيجوز مساءلتها مدنيا عن أعمال موظفيها إذا ارتكب أحدهم خطأ أثناء الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها ، فيجوز للأفراد مطالبة مجلس المدنية بالتعويض عما يقع من سحب ترخيصاتهم بطريقة تعسفية منطوية على الانحراف مما أدى لإصابتهم بأضرار ، كذلك فإن حق الحكومة في فصل موظفيها مقيد بوجوب حسن استعماله في حدود المصلحة العامة . فإذا أساءت الحكومة استعمال هذا الحق بأن كان الدافع الى فصل الموظف إرضاء غرض شخصي أو شهوة حزبية اعتبر هذا التصرف غير مشروع وحق للموظف التعويض عنه وقد استقر القضاء على أن للمحاكم أن تتحقق من أن القرار الصادر بفصل موظف الحكومة كان له أسباب عادلة تبرره ، كما استقر على اعتبار الموظف أساء استعمال سلطته إذا انحرف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه بقصد الإضرار لأغراض بعيدة عن المصلحة العامة ، ومن المقرر أن محكمة الموضوع يدخل في سلطتها ما إذا كان تصرف الموظف كان مما يمليه عليه واجبه أم أنه مشوب بسوء استعمال السلطة ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض بشرط أن تبنى حكمها على أسباب سائغة ، وفي حالة

ما إذا وقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق قرار إداري من موظف سواء كان قرارا إيجابيا أو سلبيا ، فإنه طبقا للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ يدخل في اختصاص القضاء الإداري إلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة أو التجاوز في حدود السلطة ، وكذلك الفصل في طلب التعويض عما يقع من ضرر بسبب تنفيذ تلك القرارات إذا رفعت إليه بصفة أصلية أو تبعية ، أما إذا وقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق عمل مادي فيوجب مسئولية كل من الموظف والحكومة مسئولية تقصيرية وتضحى دعوى المسئولية في هذه الحالة من اختصاص القضاء العادي وحده . (نظرية التعسف في استعمال السلطة للدكتور سليمان الطماوي ص٢٥٧ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " القرار الإداري . ماهيته . الإجراء الذي لا يستند فيه مصدره الى قانون أو قرار إداري يخوله سلطة القيام به ، هو عمل مادي ، اختصاص القضاء العادي بنظر دعوى منع التعرض والتعويض على أساسه " (نقض ١٩٨٢/١٢/٥ طعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ق) وبأنه " القرارات الإدارية . طلب التعويض عنها من اختصاص محاكم مجلس الدولة . ق٤٧ لسنة ٧٢ مادة ١٠ . " (نقض ١٩٨٢/١٢/٢ طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٨ق) وبأنه " حرية جهة الإدارة في إدارة المرفق لا يحول بين المحاكم وبين التدخل لتقرير مسئوليتها عما يصيب الغير من ضرر نتيجة خطأ تابعيها أو إهمال في تنظيم شئون المرفق العام والإشراف عليه " (نقض ١٩٨٣/٦/٢ طعن رقم ١٦٣٧ لسنة ٤٩ق) وبأنه " وحيث أن النص في المادة ٦٨ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ – المنطبق على واقعة الطلب – على أنه تجوز إعارة القضاة ..... الى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية وذلك بقرار يصدر من وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (المجلس الأعلى للهيئات القضائية) وبعد أخذ رأى الجمعية العمومية التابع لها القاضي وإن دل على أن إعارة القضاة الى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية متروك لجهة الإدارة تمارسه في حدود المصلحة العامة ، إلا أنه متى و ضعت هذه الجهة قواعد تنظيمية للإعارة ، وجب عليها التزامها ، ولا يحل لها مخالفتها إلا لمسوغ مقبول ، ولما كان الثابت بالأوراق أن وزارة العدل ، وبموافقة المجلس الأعلى للهيئات إذ أجرت اختيار القضاة الذين أعيروا الى ليبيا في سنة ١٩٧٠ بالقرار المطلوب التعويض عنه أتبعت قاعدة مقتضاها الالتزام بالأقدمية وبشرط أن تكون كفاية القاضي قد قدرت في آخر تقريرين بدرجة فوق المتوسط وكان الثابت من ملف الطالب أنه استوفى هذا الشرط ، وكانت الوزارة قد تخطته في الإعارة الى من يليه ولم تدع وجود أى مسوغ لهذا التخطي ، فإن قرارها يكون مشوبا بإساءة استعمال السلطة ، ولا يشفع للوزارة ما أبدته من أن التقرير الثاني عن عمل الطالب لم يودع ملفه إلا بعد إعداد

حركة الإعارة ، ذلك أن الثابت من الإطلاع على التقرير المشار إليه أن درجة كفاية الطالب قد تم تقدير ها في ١٩٧٠/١/١٢ وقبل إعداد حركة الإعارة ، فليس للوزارة أن تهدر هذا التقرير أو أن تؤخر إيداعه بملف الطالب وتمنع بذلك تحقيق أثره ، وحيث أنه وقد ثبت للمحكمة أن القرار المطعون فيه مشوب بإساءة استعمال السلطة وإذ ترتب على هذا القرار أضرار أدبية ومادية لحقت بالطالب تتمثل فيما يثيره التخطي من تساؤلات عن دواعيه بما يمس اعتبار الطالب ومكانته في القضاء وفيما ضاع عليه من ميزات مالية كانت ستعود عليه من الإعارة ، فإن المحكمة ترى تقدير التعويض الجابر لهذا الضرر بمبلغ ألفى جنيه " (نقض ١٩٨٠/٤/١٥ سنة ٣١ العدد الأول ص٢٨) وبأنه " وحيث أنه لما كان القرار بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ قد صدر بناء على القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ الذي فوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني وبصفة عامة في ك ما يراه ضروريا لمواجهة الظروف الاستثنائية وكان القرار بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من اعتبار رجال القضاء والنيابة العامة الذين لا تشملهم قرارات إعادة التعيين في وظائفهم أو النقل الى وظائف أخرى محالين الى المعاش بحكم القانون قد صدر في موضوع يخرج عن النطاق المحدد بقانون التفويض ويخالف مؤدى نصه ومقتضاه مما يجعله مجردا من قوة القانون فضلا عن أنه يمس حقوق رجال القضاء والنيابة العامة وضماناتها مما يتصل باستقلال القضاء وهو ما لا يجوز تنظيمه إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية على ما أفصحت عنه المادتان ١٥٨ ، ١٥٩ من دستور سنة ١٩٦٤ من أن ينظم القانون وظيفة النيابة العامة واختصاصاتها وصلتها بالقضاء – ويكون تعيين أعضاء النيابة العامة في المحاكم وتأديبهم وعزلهم وفقا للشروط التي يقررها القانون – فإن عزل أعضاء النيابة من وظائفهم لا يجوز تنظيمه بأداة تشريعية أدنى من القانون ويكون القرار بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من اعتبار ما لم تشملهم قرارات التعيين أو النقل محالين الى المعاش غير قائم على أساس من الشرعية ومشوبا بعيب جسيم يجعله عديم الأثر ومن ثم فلا يصلح أداة لإلغاء أو تعديل أحكام قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن محاكمة رجال القضاء والنيابة وتأديبهم كما لا يصلح أساس لصدور القرارين الجمهوريين رقمى ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ ، ١٦٠٥ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه وما تصمنه ثانيهما من نقله الى وظيفة أخرى بوزارة الرى" (نقض ١٩٧٤/٣/٥ سنة ٢٥ الجزء الأول ص٦٠) وبأنه " إن القول بإساءة الموظف استعمال حقه يقتضي قيام الدليل على أنه انحرف في أعمال وظيفية عن مقتضى الواجب المفروض عليه وأنه لم يتصرف التصرف الذي اتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة . فإذا انتفى هذا القصد ، وتبين

للقاضي أن العمل الذي أتاه الموظف قد أملاه واجب الوظيفة ، فلا يصح القول بأنه أساء استعمال حقه ، وإذن فإذا كان الحكم قد أثبت ، بما أورده من أدلة مقبولة ، أن رأى القومسير العام للقسم المصري بمعرض باريس الدولي كان ضروريا بمقتضى لائحة المعرض ذاته لقبول معروضات في القسم العام ، وأن عدم موافقته على طلب الطاعن ، لم يكن وليد العسف وسوء استعمال السلطة المخولة له بل في حدود اختصاصه وما يمليه عليه واجبه من التحقق أولا من جودة ما يرسل الى المعرض ليعرض به ، كما أثبت أن الطاعن لم يقم بتنفيذ الشروط التي قبلها وكيله ، ورتب على كل ذلك أنه لا يستحق تعويضا عن معارضة القومسير في قبول معروضاته ولا عما تكبده من نفقات في سبيل إرسال المصنوعات الى باريس ، فذلك من الأمور التي من اختصاص محكمة الموضوع البت فيها دون رقابة لمحكمة النقض عليها فيه " (الطعن رقم ٧١ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/١/١٩)

- عبء إثبات الخطأ يقع على المضرور : من المقرر أن المضرور هو الذي يقع عليه عبء إثبات الخطأ سواء كان هذا الخطأ إيجابيا أو سلبيا ومهما كانت درجته أى سواء كان يسيرا أم جسيما ومهما بلغت درجة جسامته لأن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات فيكلف المضرور في هذه الحالة بإثبات أن المسئول قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي .

وقد قضت محكمة النقض بأن " ومن حيث أن الطعن أقيم على سببين ، ينعى الطاعنون بأولهما على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول أن الحكم المطعون فيه أخطأ إذا استبعد وقوع الخطأ الجسيم من جانب المطعون ضدها رغم توافر الأدلة على ثبوته ، إذ الثابت من تقرير الخبير أن قائد الطائرة قد أخطأ خطأ جسيما إذ طار على مسئوليته في جو عاصف رغم تحذير مطار جنيف ، كما اقتحم العاصفة الجوية بالطائرة وكان عليه أن يتفاداها ويمر بجوارها ، وإذ كان الخطأ الجسيم من جانب الناقل أو أحد تابعيه وفقا للمادة ٢٥ من اتفاقية فارسوفيا للطيران – سواء قبيل أو بعد تعديلها ببروتوكول لاهاى – يستوجب مسئولية الناقل مسئولية غير محدودة فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد أحكام هذه المسئولية يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، وحيث أن هذا النعى في غير محله ، ذلك أنه متى كان الثابت أن حادث الطيران موضوع دعوى المسئولية قد وقع في ١٩٦٠/٩/٢٩ ، فإنه يكون خاضعا فيما يتصل بالمسئولية غير المحدودة للناقل للمادة ٢٥ من اتفاقية فارسوفيا للطيران قبل تعديلها ببروتوكل لاهاى الذي لم يوضع موضع التنفيذ إلا في أول أغسطس سنة ١٩٦٣ ، وإذ كانت المادة السالفة – قبل تعديلها – تستوجب للقضاء بالتعويض كاملا وغير محدد أن يثبت أن الضرر المطالب بتعويضه قد نشأ عن غش الناقل أو عن خطأ منه يراه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلا للغش و كان

الخطأ المعادل للغش وفقا للتشريع المصري – وعلى ما جرى به عليه قضاء هذه المحكمة – هو الخطأ الجسيم المنصوص عليه في المادة ٢١٧ من القانون المدني ، فإنه يشترط للحكم على شركة الطيران الناقلة بالتعويض كاملا وقوع خطأ جسـيم من جانبها ويقع عبء إثبات هذا الخطأ على عاتق مدعيه ، كما أن لمحكمة الموضـوع تقدير مدى توافر الأدلة على ثبوته ، ولما كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائي الذي أحال إليه في أسـبابه ، أن الطاعنين لم يقدموا دليلا على وقوع الخطأ الجسيم من جانب الشـركة المطعون ضـدها ، سـوى ما ورد في تقارير الخبراء ، والتي رأت محكمة الموضوع – في حدود سلطتها الموضوعية في تقدير الدليل – عدم كفايته في إثبات هذا الخطأ ، وأن ما ورد في تقرير الخبير .... يقوم على مجرد الاسـتنتاج ، والتخمين لسـقوط الطائرة في البحر واختفائها وعدم العثور عل أى دليل مادي يمكن معه الجزم بسبب سقوطها ، وأنه حتى مع افتراض صحة ما جاء في هذا التقرير فإن ما ورد به منسوبا الى الطيار لا يعدو أن يكون مجرد خطأ عادي . لما كان ذلك ، فإن ما ينعاه الطاعنون بهذا السـبب يكون على غير أساس ، وحيث أن الطاعنين ينهون بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه خطأ في الاسـتدلال ، وفي بيان ذلك يقولون أن الحكم المطعون فيه إذ قرر أن مطار جنيف سـمح للطائرة بالسـفر على ارتفاع ٢١ ألف قدم بدلا من ١٩ ألف قدم واسـتخلص من ذلك أن تصـريح المطار للطيار بالسـفر يخلى مسـئوليته ، يكون قد أخطأ في الاسـتدلال ذلك أن الثابت من تقارير الخبراء أن المطار لا يعطى أى تصـريح للطيار بالسـفر إنما يضـع الحالة أمامه ، وأنه رغم أن مطار جنيف حذر الطيار من الحالة الجوية الخطيرة فإنه أقلع بالطائرة مما يشكل خطا جسيما من جانبه ، وحيث أن هذا النعى في غير محله ذلك أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه عرض لما أثاره الطاعنون في أسباب الاستئناف من أن تقرير اللجنة المشكلة لتحقيق سبب سقوط الطائرة قد سـجل خطأ الطيار في الإقلاع بالطائرة برغم الخريطة التي قدمها له مطار جنيف والتي تبين أنه سيدخل في جو عاصف فذكر أن اللجنة لم تقطع برأي فيما إذا كان الطيار قد أخطأ إذ أقلع بالطائرة مع إطلاعه على النشـرة الجوية بمطار جنيف كما لم تقطع بذلك تقارير الخبراء ، أما ما أورده الحكم من أن الحالة الجوية قد اقتضت من سلطات مطار جنيف تعديل ارتفاع مسار الطائرة من ١٩ ألف قدم إلى ٢١ ألف قدم والتصـريح للطائرة بالسـفر على هذا الارتفاع ، فقد كان في مقام التدليل على أن حركة الطيران لم تنقطع في منطقة الرحلة بسبب سوء الأحوال الجوية ، ومن ثم يكون ما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه من الخطأ في الاسـتدلال على غير أسـاس ، وحيث أنه لما تقدم يتعين القضـاء برفض الطعن " (نقض ١٩٦٧/١/٢٦ سـنة ٢٧ الجزء الأول ص٢٩٧)

٢- تطبيق القانون

تنازع القوانين من حيث الزمان

﴿ المـــادة ٦ ﴾

"النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص .

وإذ عاد شخص توافرت فيه الأهلية ، بحسب نصوص قديمة ، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري المادة ٧ ، الليبي المادة ٦ ، العراقي المادة ١١ ، السوداني المادة ٧ .

﴿ الشـــرح ﴾

- سريان القاعدة القانونية من تاريخ العمل بها على الوقائع التي تتم في ظلها : الأصل في القاعدة القانونية هو سريانها اعتبارا من تاريخ العمل بها على الوقائع التي تتم في ظلها وحتى إلغائها ، فإذا حلت محل القاعدة القديمة قاعدة قانونية أخرى ، فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها ، ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لكل من القاعدتين ، وتغدو المراكز القانونية التي اكتمل تكوينها وترتيب آثارها في ظل القانون القديم ، خاضعة لحكمه وحده .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان من المقرر طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها أن أحكام القوانين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها – ما لم ينص القانون على خلاف ذلك – وكان الأصل أن للقانون الجديد أثرا مباشرا تخضع لسلطانه الآثار المستقلة للمراكز القانونية الخاصة إلا في العقود فتخضع للقانون القديم الذي أبرمت في ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام قيود سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود طالما بقيت سارية عند العمل به ما لم يتجه قصد المشرع صراحة أو دلالة الى ما يخالف ذلك " (الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٦/١١) وبأنه " من الأصول الدستورية المقررة أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لا يترتب عليها اثر فيما وقع قبلها ، مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع إذ يحكم

هذه وتلك القانون الذي كان معمولا به وقت وقوعها إعمالا لمبدأ عدم رجعية القوانين ، إلا أن ذلك لا ينقص من سـريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصـرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة الى علاقات سابقة عليه ، إعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون ، هذا ولئن كان من المقرر استثناء من هذا المبدأ الأخير ، تحقيقا للاستقرار في العلاقات التعاقدية ، وتأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق المشروعية ، سريان أحكام القانون الذي أبرم العقد في ظله على ما يتولد عنه من آثار مستقبله ولو أدركها قانون جديد ، إلا أن ذلك مقيد بعدم تعلق قواعد هذا القانون الجديد بالنظام العام ، أما حيث تتعلق به فإنها تسري بأثر فوري مباشر على ما يقع منذ العمل به من تصـرفات أو ينشأ من أوضـاع بغض النظر عن تاريخ العقد الذي تستند إليه " (الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥) وبأنه " المقرر طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها أن أحكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وأن الأصل أن للقانون الجديد أثرا مباشرا يخضع لسلطانه الآثار المستقبلة للمراكز القانونية التامة إلا في العقود فتخضع للقانون القديم الذي أبرمت في ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود طالما بقيت سـارية عند العمل بالقانون الجديد دون أن يكون ثمة تعارض بين هذا المبدأ وبين قاعدة عدم رجعية القوانين وكان المراد بالقانون – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو القانون بمعناه الأعم لتدخل فيه كافة التشريعات سواء كانت صادرة من السلطة التشريعية أم من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض الصادر إليها وكانت أحكام قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية المتتابعة آمرة متعلقة بالنظام العام فتسـري بأثر فوري من تاريخ العمل بها " (الطعن رقم ٥٧٥ لسـنة ٥٦ق جلسـة ١٩٩٠/٥/٩) وبأنه " الأصـل أن القانون يسـري بأثر فوري على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه ـــ سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارها أو في انقضـائها وهو لا يسري على الماضي ، فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضـع للقانون القديم التي حصـلت في ظله ، أما المراكز القانونية التي تنشـأ وتكتمل خلال فترة تمتد في الزمان ، فإن القانون القديم يحكم العناصـر والآثار التي تحققت في ظله – في حين يحكم القانون الجديد العناصـر والآثار التي تتم بعد نفاذه ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظله باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوي الشـأن في نشوئها أو في آثارها أو في انقضـائها إلا أن هذا مشـروط بألا يكون القانون الجديد قد أخضـع المراكز القانونية سـالفة البيان لقواعد آمرة ، فحينئذ يطبق القانون الجديد فورا على ما لم يكن قد اكتمل من عناصرها وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلة – كما يحكم انقضاءها . لما كان ذلك ، وكانت الأحكام الخاصة بتعيين أسباب الإخلاء تسري بأثر فوري على ما لم يستقر

من مراكز وقت نفاذها وإن نشأت في ظل القانون القديم " (الطعن رقم ١٩٨٠ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٣/١/٣١)

- النص التشريعي لا يسري إلا على ما يلي نفاذه من وقائع ما لم يقضي القانون خروجاً على هذا الأصل : من الأصول الدستورية المقررة أن النص التشريعي لا يسري إلا على ما يلي نفاذه من وقائع ما لم يقض القانون خروجا على هذا الأصل وفي الحدود التي يجيزها الدستور – برجعية أثره . وكان لا يغير من هذا الأصل – تعلق أحكام القانون بالنظام العام إذ لا يجاوز أثر ذلك أن تسري أحكامه على ما يستجد من أوضاع ناتجة عن علاقات تعاقدية أبرمت قبل نفاذه مادامت آثارها سارية في ظله إذ تخضع هذه الآثار لأحكام القانون الجديد تغليبا لاعتبارات النظام العام التي دعت الى إصداره على حق المتعاقدين في تحديد التزاماتهما وحقوقهما التعاقدية الحال منها والمستقبل على السواء إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة . (الطعن رقم ١٠٣٨ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/٥/٣١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الواقعة المنشئة لاستحقاق الرسوم القضائية هى واقعة إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب فتخضع للقانون المعمول به في هذا الوقت وكذلك الأمر بالنسبة للرسم الخاص بصندوق الخدمات الصحية والاجتماعية لأعضاء الهيئات القضائية وذلك دون نظر في الحالين لوقت تسوية قلم الكتاب للرسوم " (الطعن رقم ٤٤٢٢ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١/٢٤) وبأنه " عدم سريان التعديل الذي لحق المادة ٢١ من القانون ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم الشهر والتوثيق بالقانون ٦ سنة ١٩٩١ الذي استحدث وسائل مغايرة لتحديد قيمة العقارات محل الشهر على الوقائع السابقة على نفاذه سواء رفعت به قبل ذلك دعوى أو لم ترفع " (الطعن رقم ٣٢٣١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١١/٣٠) وبأنه " حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ التي تلزم المستأجر الذي يقيم مبنى مملوكا له يتكون من أكثر من ثلاث وحدات سكنية بأن يكون بالخيار بين ترك الوحدة السكنية التي يستأجرها أو أن يوفر للمالك أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية وحدة سكنية ملائمة بما لا يجاوز مثلى أجرة الوحدة التي يستأجرها لا يسري إلا على حالات البناء التي تتم وتكون وحداته معدة للسكن فعلا بعج نفاذ القانون المذكور " (الطعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧) وبأنه " عدم رجعية نص المادة ٣٠ من القانون ١٤ لسنة ١٩٨١ بشأن التعاون الإسكاني (الفقرة الأولى من المادة ١٣ من القرار الوزاري رقم ٦٩٣ سنة ١٩٨١ اللتين اشترطتا في عضو الجمعية أن يكون متمتعا بالجنسية المصرية فلا ينال من سلامة عضوية غير المصري التي استقرت له قبل العمل بالقانون المذكور " (الطعن رقم ٩٢٦٣ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠) وبأنه " الحظر المقرر بنص المادة الثانية من القانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٣ والذي صدر نفاذا له قرار وزير السياحة رقم ٤٣ سنة ١٩٧٥ باعتبار نهر النيل والمناطق المطلة عليه

بالقاهرة الكبرى من المناطق السياحية لا يسري على عقود البيع التي أبرمت قبل العمل بالقانون المذكور " (١٩٩٢/٧/٣٠ طعون ٦٣٢ ، ٧٠٢ لسنة ٥٩ق) وبأنه " حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون ٤٩ سنة ١٩٧٧ التي تقضي باستمرار عقد إيجار العين المؤجرة لمزاولة نشاط تجاري أو مهني أو حرفي بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته أو شركائه في استعمال العين بحسب الأحوال لا يسري على الوقائع السابقة على العمل بالقانون المذكور متى وقعت الوفاة أو الترك قبل ذلك " (الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٧) وبأنه " ما استحدثته المادة ١٣ من قانون إيجار الأماكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ من أن إعادة النظر في تقدير الأجرة بناء على تظلم المالك أو أحد المستأجرين من تقدير لجنة تقدير الإيجارات يترتب عليه وجوب تقدير أجرة المبنى جميعه وتوزيع القيمة الإيجارية على وحداته جميعها دون أن يقتصر ذلك على من تقدم بالتظلم ، لا يسري على التظلمات التي رفعت قبل العمل بالقانون المذكور " (الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٤) وبأنه " ما استحدثته الفقرة الرابعة من المادة ٣٩ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من حق المالك الذي يؤجر سكنه خاليا أو مفروشا لمدة مؤقتة بفترة إقامته الموقوتة في الخارج في طلب إخلاء المستأجر فور انتهاء إقامته في الخارج مما يعد استثناء من الأصل المقرر في قوانين إيجار الأماكن من الامتداد القانوني لإجارة الأماكن الخالية لا يسري على وقائع التأجير السابقة على العمل بالقانون المذكور حيث كان المستأجر قد اكتسب حقه في الامتداد القانوني طبقا للقانون الذي نشأ حقه في ظله " (الطعن رقم ١٤٠٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٨) وبأنه " من الأصول الدستورية المقررة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن أحكام القوانين لا تسري كقاعدة عامة إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل ذلك من تصرفات أو تحقق من آثار إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولا به وقت وقعها إعمالا لمبدأ عدم رجعية القوانين إلا أن ذلك لا ينتقض من وجوب سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من آثار ولو كانت مستندة الى علاقات سابقة عليه إعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون ، ومع ذلك فله إذا استحدث القانون الجديد أحكاما متعلقة بالنظام العام فإنها تسري بأثر فوري على المراكز القانونية القائمة وقت نفاذه ، ولو كانت ناشئة قبله " (الطعن رقم ٩٩ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١/٣١)

وقد قضـــت أيضـــا محكمة النقض بأن " المقرر – وعلى ما جرى به هذه المحكمة – أن من المبادئ الدســـتورية المقررة أن أحكام القوانين لا تســـري إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم تنص على خلاف ذلك ، مما مؤداه عدم انســـحاب تطبيق القانون الجديد على ما يكون قد انعقد قبل العمل به من تصـرفات أو تحقق من أوضـاع ، إذ يحكم

هذه وتلك القانون الذي كان معمولا به وقت وقوعها إعمالا لمبدأ عدم رجعية القوانين " (الطعن رقم ٣١٠٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/١١/١٦) وبأنه " حقوق العامل الذي انتهت خدمته في ظل القانون ٣١٧ سنة ١٩٥٢ تخضع لأحكام هذا القانون دون القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ الذي استحدث للعامل الحق في مطالبة هيئة التأمينات الاجتماعية بمكافأة نهاية الخدمة دون رب العمل " (الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٦/٧) وبأنه " قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ لا يحكم وصية من توفى قبل العمل به إذ تخضع وصيته لأرجح الآراء في مذهب أبي حنيفة عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٥٥ من القانون المدني القديم " (الطعن رقم ٧١ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠) وبأنه " الإعفاء المقرر بالمادة ٤٠ من القانون ١٤ سنة ١٩٣٩ المضافة إليه بالقانون ٢٧٠ سنة ١٩٥٩ لا يسري على النشاط في السنوات السابقة على العمل بالقانون المذكور " (الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/١١/٣) وبأنه " النص التشريعي لا يسري إلا على ما يلي نفاذه من وقائع ما لم يقض القانون خروجا على هذا الأصل وفي الحدود التي يجيزها الدستور برجعية أثره ، ولا يغير من هذا الأصل تعلق أحكام القانون بالنظام العام ، إذ لا يجاوز ذلك أن تسري أحكامه على ما يستجد من أوضاع ناتجة عن علاقات تعاقدية أبرمت قبل نفاذه ، مادامت آثارها سارية في ظله إذ تخضع هذه الآثار لأحكام القانون الجديد تغليبا لاعتبارات النظام العام التي دعت إلى إصداره على حق المتعاقدين في تحديد التزاماتهما وحقوقهما التعاقدية الحال منها والمستقبل على السواء " (الطعنان رقما ١٥٩٦ ، ٢٠٠١ سنة ٦٣ق "هيئة عامة" جلسة ١٩٩٤/٥/١٢) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المراكز القانونية التي نشأت واكتملت وأصبحت حقا مكتسبا في ظل قانون معين تخضع كأصل من حيث آثارها وانقضائها لأحكام هذا القانون وأن ما رد من قواعد في قانون لاحق إنما ينطبق بأثر فوري مباشر في هذا الشأن على ما لم يكن قد اكمل من هذه المراكز وإن العبرة في هذا الصدد هو بوقت حصول الواقعة المنشئة ، أو التي اكتمل بها المركز القانوني وليست المطالبة به " (الطعن رقم ٩٥٢ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/١/١١) وبأنه " الواقعة المنشئة لرسم التسجيل التي يتحدد بموجبها المركز القانوني للشخص هى واقعة التوثيق بالنسبة للعقود الرسمية وواقعة التصديق على التوقيعات في العقود العرفية ومن ثم فإن الضريبة على التصرفات العقارية التي تم شهرها اعتبارا من أول يناير سنة ١٩٧٤ والتي فرضت بموجب القانون رقم ٤٦ سنة ١٩٧٨ لا تسري على العقود العرفية التي تم التصديق على التوقيعات فيها وسداد رسم التسجيل قبل ذلك التاريخ ولو تراخت باقي إجراءات التسجيل " (الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٢/٢٣)

- ويشمل القانون أى تشريع صادر من السلطة التنفيذية وما تصدره السلطة التنفيذية من قرارات بقانون أو لوائح أو قارات إدارية ، وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان التفويض

التشريعي المقرر لوزير الإسكان في المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بسريان أحكام هذا القانون على القرى التي يصـــدر بتحديدها قرار منه قد جاء خلوا مما يشـــير الى رجعية ذلك الســريان وهو ما لا يتأتى إلا بنص قانوني صــريح ، ومن ثم فإن ذلك القانون لا ينطبق على الأماكن المؤجرة في القرى التي امتد ســـريانه إليها إلا ابتداء من تاريخ العمل بالقرار الصـــادر بذلك باعتبار أن المكان وحتى صـــدور ذلك القرار يخرج عن نطاق تطبيق تلك التشريعات فلا يخضع لأحكامها" (الطعن رقم ١٠٥١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٦) وبأنه " إذا كان للمقرر طبقا للمبادئ الدســتورية المعمول بها أن من حق الســلطة التنفيذية إصــدار اللوائح التشــريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان المراد بالقانون في القاعدة الواردة في الدساتير المتعاقبة والقاضية بأن أحكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا يترتب عليها اثر فيما وقع قبلها ما لم ينص على خلاف ذلك ، هو القانون بمعناه الأعم فيدخل في هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية وهو ما يطلق عليه بالمعنى الضيق ، أم كان تشريعا صادرا من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها لتقرير القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها أو استحداث ما من شأنه مخالفة غرض الشارع وهو ما يطلق عليه لائحة أو قرار ، فإنه لا تسري أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح التنفيذية إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صــادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعي " (الطعن رقم ٤٣ لســنة ٤٣ق جلســة ١٩٧٦/٦/٢) وبأنه " نظام العاملين بالقطاع العام الصـــادر به القرار الجمهوري ٣٣٠٩ لســـنة ١٩٦٦ لا يســري على الوقائع والمراكز القانونية التي وقعت أو تمت قبل نفاذه في ١٩٦٦/٨/٢٨ لخلوه من النص على ســـريان أحكامه بأثر رجعي " (الطعن رقم ٦٢٦ لســـنة ٤٩ق جلســـة ١٩٨٤/١/٢٢)

- أهليــة الشخــص : يتضح من نص المادة ١/٦ أن القوانين الجديدة هى التي تسري على جميع الأشخاص ، فإذا كان القانون الجديد برفع سن الرشد من ١٨ سنة الى ٢١ سنة مثلا ، فإن كل من لم يبلغ سن ٢١ سنة يعتبر قاصرا ، حتى ولو كان قد بلغ سن الرشد في القانون القديم ، وإذا كان القانون الجديد ينقص سن الرشد فيجعلها ١٨ سنة بدلا من ٢١ سنة ، اعتبر كل من كان قاصرا في ظل القانون القديم بالغا ، متى كان بلغ الثامن عشرة عند العمل بالقانون الجديد ، وهذا الحل الذي أخذ به المشـرع يتفق مع النظرية التقليدية سـواء في حالة رفع سـن الرشـد وفي حالة إنقاصها ، ففي حالة رفع سـن الرشـد لا يصـح لمن كان بالغا في ظل القانون القديم وصــار قاصــرا في ظل القانون الجديد أن يتمسك بفكرة الحق المكتسـب ، لأن قوانين الأهلية

تتعلق بالنظام العام . أما في حالة إنقاص سن الرشد فإنه لا يوجد حق مكتسب يمنع سريان القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ س٢١٥) أما بالنسبة للنظرية الحديثة ، فإن الحل الذي أخذ به المشرع يتفق معها في حالة إنقاص سن الرشد ، إذ أن القانون الجديد يطبق بأثر مباشر فيعتبر القاصر في ظل القانون القديم رشيدا في ظل القانون الجديد من وقت العمل به ذلك أن مركز القاصر في ظل القانون القديم لم يكن قد انقضى ، فيملك القانون الجديد تقرير انقضائه واعتباره رشيدا . أما في حالة زيادة سن الرشد فإن هذا الحل لا يتفق مع ما ذهب إليه روبييه ، إذ يرى أن القانون الجديد لا يملك إعادة من كان معتبرا راشدا في ظل القانون القديم قاصرا في ظل القانون الجديد ، لأن مركزه كقاصر انقضى في ظل القانون القديم ، فلا يملك القانون الجديد المساس به وإلا اعتبر ذا أثر رجعي ، ولكن بعض أنظار النظرية الحديثة لا يرون ذلك إذ يقولون في هذا الصدد أن مركز الشخص كقاصر إذا كان قد انقضى في ظل القانون القديم ، فإن هذا قد أدى الى تكوين مركز آخر هو مركز من المراكز المستمرة يظل ساريا في الأصل حق الوفاة ، وتبعا لذلك فإن القانون الجديد يستطيع المساس بهذا المركز بما له من أثر مباشر ، طالما أن المساس به لا ينصرف الى الماضي بل الى المستقبل من وزقت العمل به . (حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، مرجع سابق س٤٩٠ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الصادر بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تسري أحكام هذا القانون على المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضي " (الطعن رقم ١٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٣) وبأنه " وإن كان من أسس النظام القانوني والمبادئ الدستورية العامة أن " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها " ، إلا أنه مع ذلك يجوز للسلطة التشريعية في غير المواد الجنائية ولاعتبارات من العدالة والمصلحة العامة تستقل هى بتقدير مبرراتها ودوافعها ، أن تجرى تطبيق حكم قانون معين على الوقائع السابقة بنص صريح فيه – وإذ كان الظاهر أنه بعد صدور القانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات ، قام خلاف بين مصلحة الضرائب وفريق من المولين حول نشره وبالتالي حول تاريخ العمل به رأى المشرع إزاءه ملائمة إصدار القانون رقم ٤٨٨ لسنة ١٩٥٣ بتعديل المادة الثالثة من القانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ والنص فيها على أن يعمل به من ١٩٥١/١١/٥ وهو ذات التاريخ الذي يحمله عدد الوقائع المصرية الذي أعد لنشره وذلك على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون ، وأن النزاع في الدعوى يدور حول فئات رسم الأيلولة على تركة مورث المطعون عليهم واستحقاق هذا

الرسم على التصرفات الصادرة من المورث الى الورثة وهل يحكمها القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ قبل تعديله بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ أم بعد تعديله ، وجرى الحكم المطعون فيه على أن القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ قبل تعديله بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ هو الواجب التطبيق على التركة مستندا في ذلك الى أن المشرع لم يلتزم المصلحة العامة فيما قرره بمقتضى القانون رقم ٤٨٨ لسنة ١٩٥٣ من ترتيب أثر رجعي للقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٥١٧ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٥/٣/٣١) وبأنه " مفاد نص المادة ١٨٧ من الدستور أنه ولئن كان الأصل في القانون أنه لا يسري إلا على الوقائع والمراكز القانونية التي تنشأ وتتم في الفترة من تاريخ العمل به الى حين إلغائه إلا أنه يجوز للسلطة التشريعية في غير المواد الجنائية ولاعتبارات من العدالة والمصلحة العامة تستقل بتقدير مبرراتها ودوافعها أن تخرج على مبدأ عدم رجعية التشريع وتنص فيه صراحة على سريانه على الماضي " (الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣٠)

- تصرفات الشخص : يتضح لنا كذلك من نص المادة ٢/٦ مدني ، أن التصرفات التي يبرمها الشخص في ظل القانون القديم الذي كان يعتبره راشدا ، تبقى محكومة به ، ولا تتأثر بالقانون الجديد ، حتى ولو كان القانون الجديد يعتبر الشخص الذي أجرى تلك التصرفات قاصرا (انظر خليل جريح ، مرجع سابق ص٧) مثل ذلك إذا كان القانون يحدد سن الرشد ببلوغ ١٨ سنة ، وفي سن ١٩ سنة مثلا أجرى الشخص يعتبر التصرفات (بيع ، هبة ...) ثم صدر القانون الجديد ورفع سن الرشيد الى ٢١ سنة ولم يكن هذا الشخص قد تجاوز سن التاسعة عشرة بعد ، ففي هذه الحالة يعود قاصرا طبقا للقانون الجديد ، لأنه لم يبلغ الحادية والعشرين ، ولكن ذلك لا يؤثر في تصرفاته التي أجراها في الفترة التي كان معتبرا فيها بالغا في ظل القانون القديم ، إذا تبقى صحيحة . هذا هو الفرض الذي عرض له المشرع في المادة السادسة ، وهو حالة ما إذا رفع القانون الجديد سن الرشد ، ولكنه لم يعرض الفرض العكسي وهو حالة إنقاص هذه السن ، ومع ذلك فإن الأمر واضح في صدد هذا الفرض . فإذا كان القانون القديم يجعل سن الرشد ٢١ سنة ثم جاء القانون الجديد وأنقص هذه السن وجعلها ١٨ سنة ، فإن ما أجراه الشخص من تصرفات قبل بلوغه سن الرشد في ظل القانون القديم ، يظل غير صحيح رغم اعتباره راشدا من وقت العمل بالقانون الجديد فإذا كان قد قام ببعض التصرفات وهو في سنة التاسعة عشرة مثلا في ظل القانون القديم الذي يجعل سن البلوغ واحدا وعشرين سنة ، اعتبرت تصرفاته غير صحيحة نظرا لنقص أهليته ، وإذا ما صار هذا الشخص بالغا بمقتضى القانون الجديد الذي خفض السن الى ١٨ سنة ، بقيت تصرفاته غير صحيحة كما هى ، لأنها حين صدرت كانت باطلة ، ولا يمكن أن يصححها القانون الجديد ، وإلا اعتبر ذا

أثر رجعي ، ويتفق الحل الذي جاء به المشرع في هذا الصدد مع كل من النظريتين التقليدية والحديثة ، فالتصرفات التي تمت صحيحة في ظل القانون القديم تبقى صحيحة كما هى على اساس احترام الحق المكتسب وعدم المساس به عند النظرية التقليدية ، أما عند النظرية الحديثة فإنها تبقى كذلك دون المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على ما تم تكوينه من مراكز قانونية في ظل القانون القديم ، إذ لا يملك القانون الجديد المساس بها . (الدكتور / توفيق فرج ، مرجع سابق ، الإشارة السابقة ، الدكتور / أحمد السنهوري ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها أن أحكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، والأصل أن للقانون الجديد أثرا مباشرا تخضع لسلطانه الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الخاصة إلا في العقود فتخضع للقانون القديم الذي أبرمت في ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود ، طالما بقيت سارية عند العمل بالقانون الجديد دون أن يكون تعارض بين هذا المبدأ وبين قاعدة عدم رجعية القوانين وإذ كانت أحكام قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية المتتابعة آمرة ومتعلقة بالنظام العام فإنها تسري بأثر مباشر فوري من تاريخ العمل بها على جميع الآثار المترتبة على عقود الإيجار حتى ولو كانت مبرمة قبل العمل بها " (الطعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٦) وبأنه " أن القواعد الإجرائية المتعلقة بطرق الطعن في أحكام تحديد الأجرة الواردة في القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يقتصر سريانها على الأماكن التي رخص في إقامتها أو المنشأة بعد العمل بأحكامه في ١٩٧١/٧/٣١ . أما الأماكن التي لم يرخص في إقامتها أو لم تنشأ بعد العمل بأحكام هذا القانون فتحكها النصوص الأخرى الواردة في القوانين السابقة عليه كل في نطاق سريان أحكامه ، وإذ كانت القواعد الواردة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن طرق الطعن في الأحكام المتعلقة بتحديد الأجرة لا تزال سارية لم يتناولها الإلغاء بنص صريح في القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ " (الطعن رقم ٣٤٣٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٠) وبأنه " مفاد نص المادة ٨٥ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ استمرار القانون السابق في التطبيق بالنسبة للمنازعات التي رفعت بها دعاوى قبل نفاذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لأن النص في هذه المادة على سريان القواعد والإجراءات المعمول بها قبل نفاذ القانون الأخير على ما كان قد رفع من دعاوى قبل ذلك – وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة – لا ينصرف الى الأحكام الموضوعية التي احتواها القانون المذكور ، وهو ما أفصحت عنه المناقشات البرلمانية في هذا الشأن " (الطعن رقم ٩٧٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٦/١٣) وبأنه " إذ كان من المقرر طبقا

للمبادئ الدستورية المتواضع عليها أن أحكام القوانين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وكان الأصل أن للقانون الجديد أثرا مباشرا تخضع لسلطانه الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الخاصة إلا في العقود فتخضع للقانون القديم الذي أبرمت في ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود طالما بقيت سارية عند العمل به ما لم يتجه قصد الشارع صراحة أو دلالة الى ما يخالف ذلك " (الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٠) وبأنه " قوانين الإيجارات الاستثنائية أرقام ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد نصت كل منها على القواعد الموضوعية المتعلقة بتقدير أجرى الأماكن الخاضعة لأحكامه والقواعد الإجرائية المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام الصادرة فيها وهذه القواعد سواء الموضوعية أو الإجرائية تختلف من قانون لآخر ، ويستمر العمل بأحكامها وتظل واجبة التطبيق في نطاق سريان القانون الذي أوجبها " (الطعن رقم ١٥٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٨) وبأنه " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن عقد الإيجار يخضع للقانون الساري وقت إبرامه ما لم يصدر أثناء سريانه قانون جديد متعلق بالنظام العام فتسري أحكامه بأثر مباشر ، وقوانين إيجار الأماكن المتعلقة بالنظام العام لم تتعرض لكيفية تقدير المستحق للمستأجر مقابل المباني التي يقيمها على الأرض المؤجرة عند انتهاء العقد ، ونصوص التقنين المدني القائم التي وردت في هذا الشأن غير متعلقة بالنظام العام وإنما هى قواعد مقررة أو مكملة ، ومن ثم فإن عقد التداعي الذي أبرم في ١٩٣٩/٨/٣١ يظل خاضعا في هذه الخصوصية لأحكام القانون المدني الملغي – والقانون المدني القديم لم ينظم هذه الحالة في باب الإيجار ، ومن ثم يتعين الرجوع الى القواعد العامة التي أوردها في شأن الالتصاق في المادة ٦٥ منه ومؤداها أن المؤجر يكون بالخيار بين طلب إزالة البناء وبين طلب إبقائه ، فإن طلب إزالته التزم المستأجر أني قوم به على نفقته وعليه أن يرد العين الى أصلها أو يدفع تعويضا للمؤجر عما أحدثه من الخسارة بسبب إزالة البناء ، وإن طلب المؤجر إبقاء البناء فعليه أن يدفع تعويضا هو أقل القيمتين قيمة البناء مستحق الهدم وما زاد في العين بسبب البناء " (الطعن رقم ١٥ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٥/٦) وبأنه " من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن عقد الإيجار يخضع لأحكام القانون المعمول به وقت إبرامه سواء ما كان متعلقا بالنظام العام إعمالا لقوتها الملزمة التي لا تجيز الاتفاق على ما يخالفها أو ما لم يكن كذلك باعتبارها مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين ويستمر سريان هذه الأحكام وتلك مادام العقد ساريا سواء بنص القانون أو نفاذا لاتفاق عاقديه وذلك ما لم يصدر أثناء سريان مدته قانون الجديد يتعلق

بالنظام العام لأنه يكون واجب التطبيق فتسري أحكامه على العقد بأثر مباشر " (الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/٣/١)

- والأصل أن أحكام القانون الجديد لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها إلا الأحكام المتعلقة بالنظام العام فتسري بأثر فوري على المراكز والوقائع القانونية ولو كانت ناشئة قبل العمل به مادامت لم تستقر بصدور حكم نهائي فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن " الأصل أن القانون يسري بأثر فوري على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارها أو في انقضائها ، وهو لا يسري على الماضي ، فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضع للقانون القديم الذي حصلت في ظله ، أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد في الزمان ، فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التي تحققت في ظله ، في حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التي تتم بعد نفاذه ، ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظله باعتبار أنه تعبر عن إرادة ذوي الشأن في نشوئها أو في آثارها أو في انقضائها إلا أن هذا مشروط بألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفة البيان لقواعد آمرة فحينئذ يطبق القانون الجديد فورا على ما لم يكن قد اكتمل من عناصرها وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلة كما يحكم انقضاءها " (الطعن رقم ٩٧٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٦/١٣) وبأنه " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن النص التشريعي لا يسري إلا على ما يلي نفاذه من وقائع ما لم يقصد القانون خروجا على هذا الأصل وفي الحدود التي يجيزها الدستور برجعية أثره ، ولا يغير من هذا الأصل تعلق أحكام القانون بالنظام العام إذ لا يجاوز أثر ذلك أن تسري أحكامه على ما يستجد من أوضاع ناتجة عن علاقات تعاقدية أبرمت قبل نفاذه مادامت آثارها سارية في ظله إذ تخضع هذه الآثار لأحكام القانون الجديد تغليبا لاعتبارات النظام العام التي دعت الى إصداره على حق المتعاقدين في تحديد التزاماتهما وحقوقهما التعاقدية الحال منها والمستقبل على السواء " (الطعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٧) وبأنه " الأصل أن أحكام القانون لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذه ولا يترتب عليه أى أثر بالنسبة لما تم قبله من مراكز قانونية ما لم ينص على خلاف ذلك ، إلا أنه متى كان القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فإنه – دون حاجة الى نص خاص – يحكم الآثار التي تترتب من وقت نفاذه ولو كانت ناشئة عن مراكز قانونية سابقة عليه وذلك طبقا للأثر الفوري المباشر لهذا التشريع ، ولما كان القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ متعلقا بالنظام العام فإنه يسري على العقود السابقة عليه بالنسبة لما

يستجد من أرها من وقت نفاذه " (الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٥/٨) وبأنه " صدور تشريع لاحق يستحدث حكما جديدا يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة المتعلقة بالنظام العام . سريانه بأثر فوري على المراكز التي لم تستقر نهائيا وقت نفاذه . تعلق التعديل ببعض شروط القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها كما لو استوجب لتطبيقها شروطا خاصة بإجراءات التقاضي أو الإثبات لم تكن مطلوبة منق بل عدم سريانه إلا من تاريخ نفاذه على الوقائع التي نشأت في ظله . م٢ مرافعات وم٩ مدني . " (الطعن رقم ١٤٣٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩) وبأنه " من الأصول الدستورية المقررة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لا يترتب عليها اثر فيما وقع فبلها ، مما مؤداه عدم جواز انسحاب القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولا به وقت وقوعها إعمالا لمبدأ عدم رجعية القوانين ، غير أن ذلك لا ينتقص من سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة الى علاقات سابقة عليه إعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون ، مادامت تلك القواعد والأحكام الجديدة غير متعلقة بالنظام العام ، أما إذا استحدث القانون الجديد أحكاما متعلقة بالنظام العام فإنها تسري بأثر فوري على المراكز والوقائع القانونية القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله ، وكان من المقرر في قوانين إيجار الأماكن أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانوني وتعيين أسباب الإخلاء قواعد آمرة ومتعلقة بالنظام العام ، ومن ثم فإنها تسري بأثر فوري عل جميع المراكز والوقائع القائمة والتي لم تستقر نهائيا وقت نفاذها ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها " (الطعن رقم ٩٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢١)

- والقانون يطبق بوجه عام على الوقائع والمراكز القانونية التي تتم في الفترة بين تاريخ العمل به وإلغائه ، فيسري بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي يقع أو تتم بعد نفاذه ، ولا يسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك ، وقد قضت محكمة النقض بأن " شركات المساهمة التي شرع في تأسيسها وفقا للقانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بشأن استثمار المال العربي والأجنبي تسري عليها فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون أحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة بالنسبة إلى ما لم يكن قد اكتمل نشوئه من عناصر المركز القانوني لنوع الشركة وآثاره وانقضائه " (الطعن رقم ١٥٧٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٧/١٩) وبأنه " إذ كانت القرارات الخاصة باكتساب الجنسية المصرية أو بسحبها أو بإسقاطها تحدث أثرها من تاريخ صدورها عملا بالمادة ٢٢ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٢

– الخاص بالجنسـية – فإنه يتعين إعمال مقتضـاها بأثر فوري على واقعة النزاع ، وإذ كان البين من الأوراق أن الطاعنة قدمت أمام محكمة الاستئناف شهادة رسمية تفيد منحها الجنسية المصـرية اعتبارا من ١٩٨٨/١/١٣ وذلك قبل صـدور الحكم المطعون فيه بتاريخ ١٩٨٩/٢/١٤ فإنه يكون قد ثبت زوال وصف (المستأجر غير المصـري) عن الطاعنة من قبل صدور حكم نهائي في النزاع وزال بالتالي موجب إعمال الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المشـار إليه باعتبار أن المسـتأجرة لعين النزاع قد اكتسبت الجنسـية المصـرية قبل اسـتقرار المراكز القانونية بين الطرفين في النزاع المطروح " (الطعن رقم ١٠١٥ لسـنة ٥٩ق جلسـة ١٩٨٩/١١/٢٢) وبأنه " إذ كان الحكم الصـادر من محكمة أول درجة والمؤيد بالحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم بالنسبة لدعوى المطعون ضده بالتعويض قد وقف سـريانه منذ وقوع التعذيب والاعتداء على حريته في ١٩٥٥ وحتى صـدور الدسـتور ١٩٧١ انتهى الى أن الدعوى المدنية الناشـئة عن هذا الاعتداء لا تسقط بالتقادم فإنه لا يكون قد خالف القانون لأنه أعمل الأثر المباشـر لنص المادة ٥٧ من الدسـتور التي اعتبرت ملغية لنص المادة ١٧٢ من القانون المدني في صدد هذه الجرائم بقوة نفاذ الدستور ودون حاجة الى تدخل من المشرع " (الطعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٣) وبأنه " خضوع إجراءات الطعن على الضـرائب لأحكام القانون ١٥٧ لسـنة ١٩٨١ متى بدأت في ظله لا يعتبر انسـحابا لأنثر القانون الجديد على الماضـي وإنما تطبيقا للأثر الفوري لهذا القانون " (الطعن رقم ١٩٩٤/١١/١٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/١١/١٤) وبأنه " لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادرة بالقرار الجمهوري ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٣ تسري بأثر مباشر على المراكز القانونية الناشئة في ظلها كما تسري على المراكز التي بدأ تكوينها أو انقضـاؤها قبل سـريانها ولم يتم ذلك إلا في ظلها وعلى الآثار المترتبة على مركز قانوني سـابق ابتداء من تاريخ نفاذها " (الطعن رقم ٢٥ لسـنة ٤٤ق جلسـة ١٩٨٠/٣/١٥) وبأنه " القانون ١١٣ لسنة ١٩٦١ الذي حدد الحد الأقصى لما يتقاضاه عضو مجلس الإدارة المنتدب بخمسـة آلاف جنيه يسـري بأثر فوري على جميع الحقوق التي تنشـأ أو تكتمل بعد صـدوره فيسري على حصة الأرباح التي تتقرر وفقا للميزانية التي تعتمدها الجمعية العامة للشركة في تاريخ لاحق للعمل بالقانون المذكور " (الطعن رقم ٤٦٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/١١/٣٠)

- وإذا لم ينص القانون الجديد على سـريانه بأثر رجعي ينطبق القانون القديم على الوقائع والمراكز التي تمت خلاله ، وقد قضـت محكمة النقض بأن " متى كان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه اسـتند في تقدير أتعاب الطاعن إلى الجهد الذي بذله في الدفاع عن المطعون ضـده في الدعوى رقم ٥٤٤ لسـنة ١٩٥٥ ضـرائب كلي القاهرة

بمرحلتيها من ناحية عدد الجلسات التي حضرها والرد على الدفع المبدي من مصلحة الضرائب بعدم قبول الطعن ، وأن الذي أعد صحيفة الدعوى هو محام آخر خلاف الطاعن ، فإنه لا يكون بحاجة إلى سرد بيان مفصل لما قدمه الطاعن من مذكرات ، وما تضمنته ، وقد أخذ الحكم في اعتباره أهمية النزاع في الدعوى المشار إليها ... ولم تغفل المحكمة الإشارة إلى ثروة الموكل باعتبارها عنصرا من عناصر تقدير الأتعاب أثناء سريان قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ الذي انعقدت الوكالة في ظله والذي كان ينص في المادة ٤٢ منه على تقدير أتعاب المحامي بمراعاة أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذي بذله الوكيل ، ومن ثم فإن النعى عليه بالقصور في التسبيب يكون في غير محله " (الطعن رقم ٦١١ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٦/٤) وبأنه " إذ تنص المادة ٢/٥ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٧ على أنه " يستمر العمل بالقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ .. بالنسبة الى الحالات التي حددت فيها مصلحة الضرائب أرباح سنة الأساس وأخطرت بها الممول قبل العمل بهذا القانون " ، وكان الثابت من الأوراق أن مأمورية الضرائب حددت أرباح المطعون عليه في سنوات النزاع ومنها سنة ١٩٦٣ التي اعتبرها الحكم الابتدائي ومن بعده الحكم الاستئنافي سنة أساس بالنسبة لنشاط المقاولات ، وأخطرت المطعون عليه بها قبل العمل بأحكام القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٧ الذي صدر في ٦ ديسمبر من هذا العام ، فإن أحكام القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ تكون هى الواجبة التطبيق " (الطعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣) وبأنه " إذ كانت المادة ٨٥ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعمول به بدءا من ١٩٧٧/٩/٩ تنص على أن " تستمر المحاكم في نظر الدعاوى التي اقيمت قبل العمل بهذا القانون طبقا للقواعد والإجراءات السارية قبل نفاذه " ، وكانت الدعوى المطعون في حكمها قد أقيمت أثناء سريان القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فإن هذا القانون وحده يكون هو الذي يحكم النزاع فيها ولا مجال للتمسك بأحكام القانون الجديد " (الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٨/١١/١٨) وبأنه " الأصل أنه لا تسري أحكام القوانين الأعلى ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، فليس للمحاكم أن ترجع الى الماضي لتطبيق القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتبت في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بالقانون الجديد بل يجب على القاضي عند بحثه في هذه العلاقات القانونية وما يترتب عليها من آثار أن يرجع الى القانون الساري عند نشوئها وعند إنتاجها هذه الآثار " (الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣) وبأنه " قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رفع الحراسة عن أموال وممتلكات بعض الأشخاص لا يعمل به طبقا لنص المادة الثامنة منه إلا

من تاريخ نشـره في الجريدة الرسـمية بتاريخ ١٩٦٤/٣/٢٤ وإذ لم ينص على إلغاء الأوامر والقرارات المتعلقة بالحراسـة السـابقة له ، فإن صـدوره لا يصـحح البطلان الي يلحق العقود لمخالفة حكم المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية ووزير الداخلية رقم ٣ لسـنة ١٩٦١ " (الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٨)

- والتشريعات المتعلقة بالقانون العام فيما عدا ما تضمنته القوانين الجزائية من أحكام خاصة تسـري جميعها بأثر فوري مباشـر : القانون الجديد المتعلق بالنظام العام يسـري ويطبق بأثر مباشر على المراكز القانونية القائمة ولو كانت ناشئة في تاريخ سابق على نفاذه وأم مقتضى الأثر الفوري للقانون أن يسري على كل واقعة تعرض فور نفاذه ولو كانت ناشئة عن مركز قانوني وجد قبل هذا التاريخ .

وقد قضـت محكمة النقض بأن " المقرر في قضـاء هذه المحكمة – أن الأصـل أن القانون يسـري بأثر فوري على بالقانون رقم ٧ لسـنة ١٩٩٥ الصـادر في ١٩٩٥/٣/٦ والمعمول به اعتبارا من ١٩٩٥/٣/٨ على أنه " يلزم المدعى بأداء الرسوم المستحقة عند تقديم صحيفة دعواه قلم الكتاب ، كما يلزم بأداء ما يستحق عنها من رسوم أثناء نظرها وحتى تاريخ قفل باب المرافعة فيها ، وتصبح الرسوم التزاما على الطرف الذي ألزمه الحكم بمصروفات الدعوى ...." ، مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلغاء الاختصاص المخول لأقلام كتاب المحاكم في ظل العمل بأحكام المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسـنة ١٩٤٤ – قبل تعديلها – باقتضـاء الرسـوم القضائية من غير المحكوم عليه بها – ولو كان كاسبا لدعواه – وإذ أدرك هذا التعديل الذي يتعلق بقاعدة موضـوعية في قانون الرسـوم القضـائية ذلك المركز القانوني قبل أن تكتمل آثاره وتسـتقر فعلا بصـدور حكم نهائي حاز قوة الأمر المقضـي في الدعوى الماثلة ومن ثم فإنه ينسـحب على واقعة هذه الدعوى ، فلا تكون الطاعنة ملزمة بأداء الرسوم محل النزاع باعتبار أنه ليس محكوما على مورثها نهائيا بالمصـاريف وبالتالي فلا يجوز اقتضـاء الرسـوم منها " (الطعن رقم ٩١٠٩ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٤/٢٧) وبأنه " مؤدى ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ في شأن رفع الأحكام العرفية – على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون – أنه لا تسمع أمام أية جهة قضـائية أى دعوى أو طلب يكون الغرض منه الطعن على أى عمل أمرت به أو تولته السـلطة القائمة على الأحكام العرفية – أو مندبوها سـواء كان هذا الطعن مباشـرا عن طريق المطالبة بإبطاله على أى صـورة أو غير مباشـر عن طريق المطالبة بتعويض عما تم ... فإذا كان أمر الحاكم العسكري بمصادرة الكتاب موضوع النزاع قد صدر عملا بالسلطة المخولة له بالمرسـوم الصـادر في ٢٦ يناير سـنة ١٩٥٢ بإعلان الأحكام العرفية في جميع أنحاء البلاد واسـتنادا الى المادتين الأولى والثانية من الأمر العسـكري رقم ١ لسـنة ١٩٥٢ بفرض الرقابة

العامة على الكتابات والمطبوعات التي ترد الى مصر أو ترسل منها الى الخارج أو تتداول داخل البلاد وبتخويل الرقيب العام ومن يندبه من الموظفين التابعين له سلطة فحص ومراقبة جميع المواد والرسائل وأن يؤخر تسليمها أو يوقفه أو يمحو فيها أو يصادرها أو يتصرف فيها على أى وجه إذا كان من شأنها الإضرار بسلامة الدولة ، إذ كان شلك ، فإن الأمر بالمصادرة سالف الذكر يكون بمنجاة من أى طعن مباشر أو غير مباشر فإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في موضوع الدعوى بالرغم من صدور القانون ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ قبل الفصل فيها فإنه يكون مخالفا للقانون بما يستوجب نقضه " (الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١) وبأنه " لما كان ذلك ، وكانت نصوص قانون العدالة الضريبية رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ في هذا الشأن تتعلق بالنظام العام ، فإنها تسري بأثر فوري ومباشر على المراكز القانونية القائمة ولو كانت ناشئة في تاريخ سابق على نفاذه وإذ عمل بهذا القانون من ١٩٧٨/٧/١٠ قبل أن يستقر المركز القانوني للمطعون ضده ، فإن مقتضى قاعدة الأثر الفوري للقانون أن تسري نصوص هذا القانون الأخير على حالة المطعون ضده" (الطعن رقم ١٢٢٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٤/٤/١١)

﴿ المـــادة ٧ ﴾

"تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل .

على أن النصوص القديمة هى التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة ".

﴿ التعليــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري المادة ٨ ، الليبي المادة ٨ ، العراقي المادة ١/١٢ ، السوداني المادة ٨ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية أنه " الأصل في مدد التقادم أن اكتمالها يقيم قرينة قاطعة لمن شرعت لمصلحته ، ويكون من شأن هذه القرينة أن تعفيه من إقامة الدليل على كسب لحق معين أو براءة ذمته من التزام معين لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، وكل تقادم لم يكتمل في ظل تشريع قائم لا يرتب هذا الأثر ، فإذا صدر تشريع جديد يطيل من مدته وجب أن يسري هذا التشريع . أما بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيتحقق كل منها ومتى بدأت المدة أو وقفت أو انقطعت وفقا لقانون معين ظل البدء أو الوقف أو الانقطاع مرتبا لحكمه في ظل القانون الجديد ، فالمدة التي بدأت تستمر سارية والمدة التي وقفت يمتنع استئنافها ما بقى سبب الوقف قائما ما لم يقض القانون الجديد بغير ذلك ، والمدة السابقة على سبب الانقطاع لا تحتسب .

﴿ الشـــــرح ﴾

- انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد : يتبين لنا من نص الفقرة الثانية أنها تفرق بين المدة السابقة على العمل بالقانون الجديد ، والمدة اللاحقة على العمل به ، فتقرر أن النصوص القديمة هى التي تسري بالنسبة للمسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وبذلك لا يكون للقانون الجديد أى اثر رجعي بالنسبة لهذه المسائل . فإذا كان القانون القديم يكتفي بمجرد الإنذار لقطع التقادم ، إذا ما وجه هذا الإنذار الى الحائز في حالة التقادم المكتسب أو الى المدين في حالة التقادم المسقط ، وجاء القانون الجديد واستلزم لقطع التقادم أن ترفع دعوى أمام القضاء ، كان هذا الإنذار كافيا لقطع التقادم ، طالما أن صاحب الحق قد قام توجيهه في ظل القانون القديم ، وإذ كان القانون القديم مثلا يجعل بدء مدة تقادم الضريبة مثلا من اليوم التالي لانتهاء الأجل المحدد لتقديم الإقرار ، ثم جاء القانون بعد ذلك وجعل مدة التقادم في حالات إخفاء الممول نشاطا أو مستندات تبدأ من تاريخ العلم بالعناصر المخفاة ، فإن هذا لا يسري على التقادم الذي بدأ قبل تاريخ العمل به ، ويتفق الحل الذي أخذ به القانون في هذا الصدد مع النظرية الحديثة ، لأن ما يتم من عناصر تكوين أو انقضاء بعض المراكز القانونية في ظل القانون القديم يظل محكوما به ، ولا يملك القانون الجديد المساس بما تم في ظل القانون القديم من هذه العناصر ، وإلا اعتبر أنه ذو أثر رجعي .
- الأثر المباشـر للقانون الجديد : بين نص الفقرة الأولى من المادة السـابعة أن القوانين المتعلقة بالتقادم تســـري من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل بعد ، وعلى ذلك يســـري القانون الجديد من وقت العمل به على كل ما يتعلق بالتقادم من حيث شـــروطه ومدته ، فإذا كان

القانون يغير من شـروطه ومدته ، فإذا كان القانون يغير من شـروط الحيازة التي يقوم عليها التقادم المكسـب مثلا ، فإن هذا القانون هو الذي يسـري بالنسـبة للمسـتقبل ، وإذا كان القانون الجديد يعدل من قواعد التقادم بالنسـبة للأسـباب التي توقفه ، وجب تطبيق القانون الجديد منذ وضعه موضع التنفيذ ، على كل واقعة يقصد بها إيقاف التقادم بعد صدوره ، وهذا بخلاف ما لو كان قد تم إيقاف التقادم قبل تنفيذ القانون الجديد ، طبقا لما يتطلبه القانون السـابق ، وأكثر من يعرض في هذا الصـدد هو التغيير في مدد التقادم ، سـواء أكان ذلك بإطالة هذه المدة أم بتقصيرها ، فقد يطيل القانون الجديد مدة التقادم فيجعلها عشـرين سـنة بدلا من خمس عشـرة سـنة ، وفي هذه الحالة لا صـعوبة في الأمر ، إذ تسـري المدة الجديدة على كل تقادم لم يكتمل حين العمل به ، مع إدخال المدة السـابقة في الاعتبار ، فإذا كان وضـع اليد قد اسـتمر عشـر سـنوات في ظل القانون القديم ، فإنه ينبغي أن يسـتمر كذلك عشـر سـنوات أخرى في ظل القانون الجديد ، ولا يتم التقادم بعد خمس سـنوات حسـب المدة الباقية طبقا للتنظيم الذي كان القانون القديم يقرره . (راجع كيرة بند ٢٠٦ ، مرسـي بند ١٢٣ ، وانظر السـنهوري ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ من أنه ليس لكل من هذين التشريعين أثر رجعي بالنسبة لما اكتسب من الأموال الخاصـة المملوكة للدولة أو الأشـخاص الاعتبارية العامة وأموال الأوقاف الخيرية بالتقادم قبل صدور هذين القانونين ، هذا الذي جاء بالمذكرة الإيضاحية لا ينصرف إلا لما اكتسب ملكيته فعلا بالتقادم قبل تاريخ صـدور القانونين المذكورين . أما الأموال التي كانت يحوزها الأفراد قبل هذا التاريخ ولكنهم لم يكتسـبوا ملكيتها أو أى حق عيني عليها بالتقادم قبل صـدور القانون الأول فإنه يكون لجهة الإدارة أن تزيل التعدي الواقع عليها بالطريق الإداري عملا بالحق المقرر لها في القانون رقم ٣٩ لسـنة ١٩٥٩ ويكون الأمر الإداري الصـادر بإزالة هذا التعدي صادرا بالاستناد الى القانون ولا يشوبه في ظاهره عيب يجرده من صفته الإدارية وينحدر به الى العدم ومن ثم فلا تختص المحاكم العادية بالفصـل في طلب التعويض عن هذا القرار " (الطعن رقم ٣١٤ لسـنة ٣٤ق جلسـة ١٩٦٩/٣/٧) وبأنه " المدة المكسـبة للملكية – وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – إذا ابتدأت تحت سـلطان قانون قديم ولو تتم ثم جاء قانون جديد فعدل شـروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذي يسـري ، وتدخل المدة التي انقضـت تحت سـلطان القانون القديم في حسـاب المدة التي قررها القانون الجديد ، وذلك وفقا لما جرى به نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدني الحالي المعمول به ابتداء من ١٩٤٩/١٠/١٥ من أن " تسـري النصـوص الجديد المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل " (الطعن

رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٦) وبأنه " مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدني أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسري من وقت العمل بها طبقا للأثر المباشر للتشريع على كل تقادم لم يتم ، وأن يحكم القانون القديم المدة التي سرت من التقادم في ظله من حيث تعيين اللحظة التي بدأت فيها وكيفية حسابها وما طرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها ، على أن يحكم القانون الجديد المدة التي تسري في ظله من هذه المناحي " (الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٧١/١١/١) وبأنه " القاعدة بحسب مفهوم المادة ٧ من القانون المدني أن النصوص الجديدة المتعاقبة بالتقادم لا تسري على ما اكتمل من التقادم وفقا للنصوص القديمة قبل العمل بالنصوص الجديدة فإذا كانت مدة التقادم – وفقا للمادة ٢/٣٧٧ من القانون المدني قد اكتملت بالنسبة لجميع المبالغ المطالب بردها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ فلا يسري القانون المذكور على هذا التقادم وبالتالي فلا محل للاستناد الى الحكم المستحدث الوارد في عجز المادة الثانية منه والذي يقضي ببدء التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه في الرد إذا ظهر هذا الحق بعد إجراءات اتخذتها الجهة التي قامت بالتحصيل " (الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤) وبأنه " مضى المدة المكسبة للملكية أو المسقطة للحق إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولو تتم ، ثم جاء قانون يعدل شروطها أو مداها فالقانون الجديد هو الذي يسري وتدخل المدة التي انقضت تحت سلطان القانون القديم في حساب المدة التي قررها القانون الجديد " (الطعن رقم ٣ لسنة ١ق جلسة ١٩٣١/١١/٢٦) وبأنه " متى كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ الذي عدل مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وجعلها خمس سنوات بدلا من ثلاث فإن هذا القانون لا ينطبق ولا يؤثر في اكتمال التقادم بمضى ثلاث سنوات " (الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٩) وبأنه " إذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدني القديم والقانون الحالي فإنه يجب طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدني إعمال نص القانون المدني القديم على وقف التقادم عن المدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدني الحالي " (الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧)

﴿ المـــادة ٨ ﴾

"إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.

أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري المادة ١٠ ، الليبي المادة ٨ ، العراقي المادة ٢/١٢ ، السوداني المادة ٩ .

﴿ الشـــــرح ﴾

- تقصير القانون المدني الجديد لمدة التقادم : تكفل المشرع المصري في هذه المادة بالصعوبة التي كانت تثور بالنسبة لتقصير مدة التقادم وقد حل هذه الصعوبة وفي هذا الصدد ينبغي أن نفرق بين حالتين : الحالة الأولى : وهى حالة ما إذا كانت المدة الباقية من التقادم بحسب القانون القديم أطول من المدة التي قررها القانون الجديد من وقت العمل به مع صرف النظر عن المدة التي مضت في ظل القانون القديم ، وفي هذا إعمال لقاعدة الأثر المعاصر للقانون الجديد ، فإذا مضى من التقادم ثلاث سنوات مثلا في ظل القانون القديم ، وبعد ذلك صدر القانون الجديد وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات بدلا من ١٥ سنة ، فإن المدة التي قررها القانون الجديد هى التي تسري ، ويستمر التقادم تبعا لذلك عشر سنوات من وقت العمل بالقانون الجديد ، أى أنا نصرف النظر عن الثلاث سنوات التي انقضت في ظل القانون القديم ، وذلك لأن المدة الباقية من التقادم في ظل القانون القديم وهى ١٢ سنة ، أطول من المدة التي قررها القانون الجديد وهى عشر سنوات ، والحالة الثانية : وهى الحالة التي تكون فيها المدة الباقية للتقادم حسب القانون القديم أقصر من المدة التي يحددها القانون الجديد ، في هذه الحالة لا يسري القانون الجديد ، ويكتمل التقادم طبقا للمدة الباقية في ظل القانون القديم ، ومعنى هذا إحلال فكرة الأثر المستمر للقانون محل الأثر المباشر للقانون الجديد ، وعلى ذلك إذا كان التقادم قد استمر مدة ١٢ سنة مثلا قبل العمل بالقانون الجديد ، ثم صدر القانون الجديد وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات بدلا من ١٥ سنة فإن التقادم يكتمل في هذه الحالة طبقا للقانون القديم ، فيستمر ثلاث سنوات لأن المدة الباقية – وهى ثلاث سنوات – أقل من المدة التي قررها القانون الجديد على مدة التقادم في مثل هذا الغرض. (الدكتور / توفيق فرج ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن عقد البيع المتنازع فيه هو في حقيقته عقد بيع وفائي يستر رهنا فإن هذا العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا ولقد

كان حكم القانون في ظل التشريع الملغي في شأن مثل هذا العقد – أنه لا ينقلب صحيحا مهما طال الزمن ، ومن ثم لا يكون للتقادم أثر فيه ولصاحب الشأن دائما أبدا رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه .
أما نص المادة ١٤١ من القانون المدني القائم الذي يقضي بسقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد فإنه نص مستحدث منشئ لحكم جديد لم يكن مقررا في ظل القانون الملغي ومن ثم فإن هذا التقادم لا يسري إلا من تاريخ العمل بالقانون المدني القائم وليس معنى هذا أن التقادم لا يسري على العقود الباطلة التي أبرمت في ظل القانون الملغي وإنما هو يسري عليها ولكن تبدأ مدة التقادم بالنسبة لدعاوى البطلان الخاصة بهذه العقود من تاريخ العمل بالقانون أى من ١٩٤٩/١٠/١٥ وليس من تاريخ إبرامها " (الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)
وبأنه " إذ استحدثت المادة ١/١٧٢ من القانون المدني مدة تقادم نسقط بمقتضاها دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وكان النص على هذا التقادم يعد بهذه المثابة من القوانين الموضوعية بينه وبين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدني التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، وذلك دون الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون المرافعات السابق ، التي تقضي بعدم سريان القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات متى كان الميعاد قد بدا قبل تاريخ العمل بها " (الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١)

﴿ المـــــادة ٩ ﴾

"تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما ، النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذا النص يقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، السوري المادة ١٠ ، الليبي المادة ٩ ، العراقي المادة ١٣ ، السوداني المادة ١٠ .

﴿ الشــــرح ﴾

- الأحكام المتعلقة بأدلة الإثبات : أدلة الإثبات هي الأدلة التي يقوم ذوو الشأن بإعدادها لإثبات حقوقهم ، وهم يقومون بذلك عادة في الوقت الذي يتم فيه تصـــرف من التصـــرفات كالبيع والإيجار والقرض ، حتى إذا ما قام نزاع حول حقوقهم المترتبة على تلك التصــرفات أمكنهم الاستناد الى الدليل الذي أعدوه لإثباتها ، وإذا كان الغالب أن تعد الأوراق لإثبات التصـرفات

القانونية على هذا النحو ، فقد يحدث في بعض الحالات أن تعد الأوراق لإثبات الوقائع المادية ، وهذا ما يكون عادة في الشهادات التي تعد لإثبات واقعة الميلاد أو الوفاة .

- الأدلة التي تعد مقدما للإثبات : وهى الأدلة المهيأة (preuves préconstiuées) هى عادة الكتابة ، والكتابة إما رسـمية وإما عرفية ، والكتابة الرسـمية هى التي يقوم بها موظف عام مختص وفقا لأوضاع مقررة ، أما الكتابة العرفية فهى الكتابة التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم ، وقد بين القانون المدني ، الحل في تنازع القوانين المتعلقة بأدلة الإثبات التي تعد مقدما ، أى التي تعد وقت قيام الواقعة أو التصرف ، فقرر في المادة التاسعة أن " تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده " ، هذا النص يعرض الدليل المعد أو الذي كان ينبغي إعداده قبل قيام أية خصومة قضائية ، ويحدث ذلك عادة في وقت وقوع الفعل أو صدور التصرف الذي يتعرض الدليل له بالإثبات ، وقد بين هذا النص أن القانون الواجب التطبيق بالنسـبة للأدلة التي مقدما أو كان ينبغي إعدادها ، هو القانون الجديد الذي يعمل به عند إعداد الجليل أو عند الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده ، إن لم يكن قد أعد فعلا ، و هذا تطبيق لمبدأ عدم الرجعية ، فالقانون القديم هو الواجب التطبيق على الأدلة التي أعدت في ظله أو كان ينبغي إعدادها ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا ألغى القانون الجديد دليلا كان يفرضه القانون القديم ، ولا ما إذ تطلب دليلا لم يكن القانون القديم يتطلبه ، فإذا كان القانون القديم بتطلب لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها على عشـر جنيهات أن تكون مكتوبة ، ولكنه لا يتطلب الكتابة لإثبات التصـرفات التي نقل قيمتها عن ذلك ، وإنما يكتفي بشهادة الشهود ، فإن التصرف الذي تم في ظله وكانت قيمته أزيد من عشـــر جنيهات ، بأن كانت ١٥ جنيها مثلا ، يلزم أن يكون مكتوبا ، حتى ولو جاء القانون الجديد وقرر أن الكتابة غير لازمة للإثبات إلا بالنسـبة للتصـــرفات التي تزيد قيمتها على عشــرين جنيها ، وعلى العكس من ذلك إذا كانت قيمة التصـــرف الذي أبرم في ظل القانون القديم أقل من عشـرة جنيهات ن بأن كانت ثمانية جنيهات مثلا ، فإن مثل هذا التصـرف يظل جائز الإثبات بشهادة الشهود ، حتى ولو فرض أن جاء القانون الجديد واستلزم الكتابة لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها على خمسة جنيها ، ومن ذلك يتبين أن القانون الذي ينبغي تطبيقه في شـــأن الأدلة التي تعد مقدما للإثبات هو القانون الذي كان قائما وقت إعداد الدليل أو في الوقت الذي ينبغي إعداده فيه ، بصرف النظر عن أحكام القانون الجديد ، حتى لا يتأثر مركز الخصـوم بتلك الأحكام ، ويرجع إقرار هذه القاعدة ، الى أن الدليل المهيأ أو الذي يعد مقدما ، يفترض وجود النص المقرر له قبل أن تم تهيئته ، ويكن توثيق الصـلة بالناحية الموضـوعية في الحق . (الجارحي ، مرجع سابق ، فرج ، مرجع سابق)

- القـرائـن القانونيـة : يراعى أن القرائن القانونية تعد كذلك أدلة مهيأة يتولى القانون إعدادها ، لكى تعفى من تقررت لصـــالحه من عبء إثبات ما جاءت به ، متى توافرت الوقائع أو الظروف التي تقوم عليها القرينة ، فإذا توافرت الوقائع أو الظروف التي تقوم عليها القرينة في وقت معين ، وكان القانون يعتبر توافرها قرينة ، فإذنا نكون بصـــدد قرينة قانونية من تاريخ اعتبار المشـرع لها كذلك ، وبالتالي لا تسـري على الوقائع أو الظروف التي توافرت قبل ذلك ، وإن كان يمكن اعتبار توافر تلك الوقائع أو الظروف قرينة قضائية وليست قانونية ، وإذا ألغى القانون قرينة قانونية ، تظل الوقائع أو الظروف التي كانت تكونها خاضـــعة للقرينة التي كانت تستخلص منها . (انظر موسوعة الإثبات للمؤلف ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة التاسعة من القانون المدني على أنه " تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده يدل على أن القانون الذي نشـــأ التصــــرف في ظله هو الذي يجب أن يحكمه من حيث إثباته " ، وإذ كان عقد البيع المؤرخ ١٩٦٤/٧/٢٦ الذي اســـتند إليه المطعون عليه في شراء حصة الطاعن في الجرار موضوع النزاع قد أبرم قبل صدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لســنة ١٩٦٨ فإنه يخضــع في إثباته للأحكام الواردة في القانون المدني " (الطعن رقم ٥٠٢ لسـنة ٤٢ق جلسـة ١٩٧٦/٦/٢٨) وبأنه " لما كانت القرينة القانونية التي اسـتحدثتها المادة ٩١٧ من القانون المدني هى مما لا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصــــرفات الســـابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا فإن التصرفات السابقة على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ – تاريخ العمل بالقانون المدني القائم – لا تخضع لحكم المادة ٩١٧ سالفة الذكر " (الطعن رقم ٧٩ لسـنة ٣٥ق جلسـة ١٩٦٩/٤/٢٢) وبأنه " مفاد نص المادتين ٣٦ ، ٣٦ مكررا (ب) من القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٦ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع جعل إيداع نسخة من عقد الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة شرطا لقبول أية دعوى أو منازعة ناشئة عن الإيجار سواء رفعت الدعوى أو المنازعة أمام القضـــاء أو أمام لجنة الفصـــل في المنازعات الزراعية قبل إلغائها وهذا الجزاء المســتحدث بالقانون ١٧ لسـنة ١٩٦٣ ثم بالقانون ٥٢ لسـنة ١٩٦٦ إجراء قصـد به توفير الحماية للمسـتأجر ويستهدف منع تحايل الملاك عن طريق استيقاع المستأجرين على بياض دون أن يعلموا شروط العقد التي أمضـــوها أو يدركوا ماهيتها أخذا بأنه متى كان الإيداع متطلبا فإن كتابة العقد لا تكون مقصودة لذاتها وإنما تعتبر ضرورية لكى تمكن من حصول الإيداع ، ولما كانت الكتابة المودعة لعقد الإيجار تتعلق بهذه المثابة بالإثبات لبيان الشـرط اللازم لقبول الإثبات بمقتضـاه وقوة التدليل المستفاد منه " ، فإنها تخضع لحكم المادة التاسعة من القانون المدني التي تقضي بأن تسري في

شـــأن الأدلة التي تعد مقدما النصـــوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي ينبغي إعداده فيه ، بمعنى أن القانون الذي نشـــأ التصـــرف في ظله هو الذي يحكم المراكز العقدية المثبتة فيه ، دون اعتداد بما إذا كان ثمة قانون جديد يتطلب دليلا آخر لم يكن يســـتوجبه القانون القديم ...." ، ويترتب على ذلك أن الإيداع لا يكون مطلوبا بالنسبة لعقود الإيجار المبرمة قبل تاريخ العمل بأى من القانونين رقمى ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، ٥٢ لسنة ١٩٦٦ الذين استحدثا هذا الإيداع وأن الملتزم بذلك طبقا لهما المؤجر دون المســـتأجر . لما كان ذلك ، وكانت العلاقة الإيجارية بين المطعون ضده ومورث الطاعن نشأت طبقا لما ثبت للمحكمة في تقرير الخبير في سنة ١٩٦٠ قبل سريان ما استحدث من تعديلات بالقانونين المشار إليهما التي استوجبت كتابة عقود الإيجار وإيداعها الجمعية التعاونية الزراعية ، وكان القانون الســـاري وقت إبرام العلاقة الإيجارية لا يوجب للتدليل على وجود مثل هذه العلاقة اتخاذ أى من هذين الإجرائين المذكورين وكانت قد ثبتت المراكز القانونية للعاقدين مقدما منذ نشوء العلاقة ووضحت التزامات وحقوق كل منهما بالتطبيق للقواعد العامة السارية وقتذاك ، فإن هذه القواعد التي نشأ التصرف في ظلها هى التي تحكم المراكز العقدية بموجبها " (الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/١/١٤) وبأنه " من المقرر وإعمالا للمادة التاسعة من القانون المدني أن الأدلة التي تعد مقدما لإثبات التصرفات القانونية ، تخضع في إثباتها للقانون الساري وقت إعداد الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداد ، ولما كانت العلاقة الإيجارية المدعى بها قد نشأت في سنة ١٩٤٥ أو ١٩٤٦ أى في ظل القانون المدني الملغي فإنها تخضـــع في إثباتها لحكم المادة ٢٦٣ منه التي تنص على أن عقد الإيجار الحاصـــل بغير الكتابة لا يجوز إثباته إلا بإقرار المدعى عليه أو امتناعه عن اليمين ، فلا يجوز الاعتماد في إثباته على البينة أو القرائن ، وكانت محكمة الاســـتئناف قد أجازت – رغم اعتراض الطاعن – إثبات العلاقة الإيجارية بكافة الطرق بما فيها البينة ، وأقامت قضـــاءها المطعون فيه على ما استخلصته من أقوال الشهود ومن القرائن ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ، ولا يصـــحح هذا الخطأ اســـتناد الحكم الى المادة ١١٣ من قانون الإثبات التي تجيز للمحكمة أن تقبل الإثبات بالبينة والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك متى تخلف الخصم عن حضور جلسة الاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة ذلك أن الإحالة الى التحقيق جاءت سابقة على حكم الاستجواب الموجه للمطعون ضده الأول دون الطاعن " (الطعن رقم ١٨٢٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٠)

تنازع القوانين من حيث المكان

﴿ المـــادة ١٠ ﴾

"القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها" .

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من مواد النصوص العربية ، السوري المادة ١١ ، الليبي المادة ١٠ ، العراقي المادة ١/١٧ ، السوداني المادة ١٣ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية أن " ينبغي أن يفهم من وجوب رجوع المحاكم المصرية الى قانونها في مسائل التكييف إلزامها بالرجوع الى القانون المصري في جملته بما بتضمنه من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أيا كان مصدر أيا كان مصدر هذه القواعد دون أن تقتصر على الأحكام التي تختص بتطبيقها وفقا لتوزيع ولاية القضاء ، ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون المصري بوصفه قانونا للقاضي في مسألة التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعيا كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الأموال ، ومتى تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضي إذ يتعين القانون الواجب تطبيقه ، ولا يكون للقاضي إلا أن يعمل أحكام هذا القانون .

﴿ الشـــرح ﴾

- التعريف بالقانون الدولي الخاص وطبيعة قواعده : العلاقات التي تقوم بين الأشخاص إما أن تكون علاقات وطنية بحتة بجميع عناصرها ، وإما أن تكون أجنبية في عنصر أو أكثر من عناصرها ، فإذا باع أحد المصريين مثلا عقاره الموجود في مصر لمصري آخر ، فإن العلاقة تكون علاقة وطنية بحتة في كل عناصرها ، وعناصر العلاقة هى : الأشخاص والموضوع والمكان الذي قامت فيه العلاقة ، فالأشخاص في هذه الحالة مصريون ، وموضوع العلاقة وهو العقار موجود في مصر ، والمكان الذي قامت فيه العلاقة هو مصر ، وهنا لا تدخل قواعد القانون الدولي الخاص ، لأن جميع عناصر العلاقة وطنية . أما إذا كان أحد العناصر السابقة أجنبيا ، بأن كان أحد الأشخاص أجنبيا ، أو أن العلاقة قامت في بلد أجنبي ، أو أن موضوع العلاقة كان موجودا في الخارج ، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تتدخل ، فتبين ما هى المحكمة المختصة ، هل هى المحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية ، كما تبين ما هو القانون

الذي يحكم العلاقة ، هل هو القانون الأجنبي أم القانون الوطني ، ومن هذا يتبين أن القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد ، وذلك من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق ، فالقواعد التي يحتوي عليها القانون الدولي الخاص لا تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بصورة مباشرة ، ولكن وظيفة هذه القواعد ، بعد أن تحدد المحكمة المختصة ، هى بيان القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي ، وبمعنى آخر ، إن قواعد القانون الدولي إذا كانت تبين القانون الواجب تطبيقه وهل هو القانون المصري أم القانون الأجنبي ، فإنها لا تمس موضوع النزاع الأصلي ، لأن الفصل في هذا الموضوع ، لا يكون إلا بتطبيق القانون الموضوعي الذي تحيلنا إليه قواعد القانون الدولي الخاص ، ومن هذا نستطيع أن نتبين أن موضوع القانون الدولي الخاص هو بيان اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى التي ترفع بشأن العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، وبيان القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقات ، وهذا هو الموضوع الرئيسي للقانون الدولي الخاص ، ولكن البعض من الفقهاء يرون إدخال موضوعات أخرى في نطاق القانون الدولي الخاص ، هذه الموضوعات الأخرى هى القواعد التي تنظم الجنسية والقواعد الخاصة بالموطن وبمركز الأجانب ، وعلى هذا فإن القواعد التي تنظم متى تثبت للشخص جنسية البلد تعد من قواعد القانون الدولي الخاص ، مع أنها تنظم علاقة الفرد بالدولة من حيث حقه في التمتع بجنسيتها ، وبما أنها علاقة بين الفرد والدولة ، فهى في أصلها من علاقات القانون العام ، وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الأخرى التي تنظم توطن الأجانب في الدولة وتلك التي تبين مركزهم من حيث تمتعهم بالحقوق وتحملهم بالواجبات في الدولة ، وهذه القواعد هى الأخرى تدخل أصلا في نطاق القانون العام ، لأنها تنظم علاقة الدولة بالأجانب ، ويراعى أن هذا الفرع من فروع القانون قد سمى بالقانون (الدولي) نظرا لأن أحكامه تطبق بالنسبة للعلاقات التي كون فيها عنصر أجنبي أو أكثر ، أى أن العلاقة تكون دولية بالنسبة الى عنصر من عناصرها ، كما سمى (بالخاص) لأنه يطبق بصدد المنازعات التي تهم الأفراد ، وبذلك يتميز عن القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات بين الدول ، والواقع أن قواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة تعد قواعد مختلطة . فالقواعد التي تتعلق بالجنسية والموطن ومركز الأجانب تدخل في نطاق القانون العام ، لأنها تنظم العلاقات بين الدولة والأفراد ، أما القواعد الأخرى الخاصة ببيان الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق ، وهى ما تسمى بقواعد

تنازع القوانين ، فهى تدخل في نطاق القانون الخاص . (توفيق فرج ، السنهوري ، غانم ، المراجع المشار إليها)

- قواعد الإسناد وطبيعتها : قواعد الإسناد هى " القواعد القانونية التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي " ، فهى قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية (شمس الدين الوكيل ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ص٧) وقواعد الإسناد على هذا النحو هى قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا ، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره ، فقواعد الإسناد تهدف إذن الى وضع أكثر الحلول مناسبة ، من وجهة نظر المشرع الوطني ، لحكم العلاقات الخاصة الدولية (هشام صادق ، مرجع سابق ص٣ ، ٧) ومن هنا يبدو لنا أن القول بأن مهمة قواعد الإسناد هى فض مشكلة (تنازع القوانين) يتضمن قدرا كبيرا من التجوز ، فليس هناك (تنازعا حقيقيا بين أكثر من قانون يدعى كل أنه صاحب سند شرعي في حكم المنازعة) ولا يعقل أن يكون هذا هو ما قصده الفقيه الهولندي Huber حينما ابتكر تسمية (تنازع القوانين) إذ من المعلوم أن المدرسة الهولندية قد أقامت تطبيق القانون الأجنبي على فكرة المجاملة الدولية ، ولا شك أن إرجاع تطبيق القانون الأجنبي الى فكرة المجاملة يتنافى في ذاته مع القول بأن هناك ثمة تنازعا حقيقيا بين القوانين لحكم العلاقات الخاصة الدولية ، ولا يستقيم تعبير (تنازع القوانين) إلا إذا سايرنا الاتجاهات الفقهية التي ظنت أن قواعد الإسناد تقوم بتوزيع الاختصاصات القانونية المختلفة ، وتحدد نطاق تطبيق القوانين المتنازعة لحكم المراكز القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا ، ولا شك أن مثل هذه الاتجاهات تقوم على وهم خاطئ ، إذ لا يتصور بحال من الأحوال أن مهمة قواعد الإسناد الفرنسية مثلا هى توزيع الاختصاص التشريعي للقوانين الأجنبية المختلفة ، فالقانون الدولي الخاص لا يقوم بتوزيع الاختصاص بين الدول ، وإنما ينحصر موضوعه المباشر – وفقا لما انتهى إليه الفقه الحديث – في حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي (بحيث تنصب قواعده على العلاقة التي تبحث عن حل قانوني لا على القانون الذي يريد أن يبسط سلطانه ليحكم تلك العلاقة " (د/ أحمد القشيري ، نطاق وطبيعة القانون المدني الخاص ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٨ ، ص١٢٢) وإذا كنا قد أبرزنا ما يتضمنه اصطلاح تنازع القوانين من تجوز ، فإن حرصنا مع ذلك على استخدامه لا يعدو أن يكون تمشيا مع اتجاه الفقه الغالب في القانون الدولي الخاص ، والذي درج على استخدامه دون أن يقصد ما قد يتضمنه الاصطلاح من معنى التسليم بوجود ثمة

تنازع حقيقي بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقات الخاصـــة الدولية (عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ١٩٥٥ رقم ٣) .

- طبيعة قواعد الإســـناد : يختلف الفقه حول طبيعة قواعد الإســـناد ومدى انتمائها الى كل من فرعي القانون العام والقانون الخاص ، ويتجه فريق من الشــراح الى اعتبار قواعد الإســـناد جزءا من القانون العام ، وأســـاس هذا الرأى أن مهمة هذه القواعد هى توزيع الاختصـــاص التشـريعية بين الدول ، وقد مضـت الإشــارة الى ما يتضـمنه هذا النظر من قصـور . فقاعدة الإسناد لا تضع حلا للتنازع بوصفه تنازعا بين السيادات ، وإنما تنحصر مهمتها في وضع الحل الملائم للعلاقة الخاصـــة الدولية محل النزاع ، ولهذا يميل الفقه الغالب الى القول بأن قواعد الإسناد تنتمي الى القانون الخاص ، لأنها تحكم علاقات خاصة وإن تضمنت عنصرا أجنبيا ، فإعمال قواعد الإسناد لا يعرض في الأصل ، إلا بمناسبة علاقات القانون الخاص ، مثل الروابط التعاقدية ومســـائل الزواج والميراث والوصـــايا .... الخ ، أى العلاقات التي لا تكون الدولة موضوعا لها أو طرفا فيها بوصفها صاحبة السيادة ، ومادامت الغاية من قواعد الإســـناد هى تنظيم علاقات القانون الخاص التي تنطوي على عنصــر أجنبي ، ببيان القواعد الموضــوعية الواجبة التطبيق على هذه العلاقات ، فإن مؤدى ذلك أن تعتبر تلك القواعد شــقا مكملا لقواعد القانون الخاص الموضوعية . (د/ محمد كمال فهمي ، مرجع سابق ص٥٦) أما قيام قواعد الإسناد بتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان فهو أمر غير مقصود في ذاته ، بل هو نتيجة طبيعية لتعيين القانون الدولي الذي يحكم النزاع ، وبعبارة أخرى فإن قيام قواعد القانون الدولي الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق ، لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة تســتخدمها هذه القواعد للتوصـــل الى الهدف الذي تســعى إليه ، وهو تنظيم الحياة الخاصـــة الدولية (فؤاد رياض ، الوســـيط في القانون الدولي الخاص ، ص١١٠ ، محمد كمال فهمي ص٥٦) ومهما كان الأمر ، فإن جانبا من الفقه الحديث قد تصور مع ذلك قيام تنازع القوانين في مجال علاقات القانون العام ، على الأقل في بعض الفروض ، وهو اتجاه أملته بالدرجة الأولى دقة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وصــعوبة التمييز بينهما من جهة ، وما أظهره العمل من صور مختلفة لحالات تطبيق القانون العام الأجنبي أمام القضاء الوطني من جهة أخرى ، ولا شـك أم مراعاة هذا الاتجاه الأخير قد يصـعب معه التسـليم المطلق باعتبار قواعد الإسناد جزءا من القانون الخاص ، ودون أن نتطرق الآن لمناقشة هذا الاتجاه ، والأخذ بالرأى الســـالف قد يقتضـــي القول بالطبيعة المختلطة لقواعد الإســـناد ، وذلك على أســـاس اتصالها المزدوج بكل من القانون الخاص من ناحية ، والقانون العام من ناحية أخرى . (هشام صادق ، مرجع سابق ، فؤاد رياض ، مرجع سابق ، محمد كمال فهمي ، مرجع سابق)

- على القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد : إذا خلص القاضي من تكييفه للعلاقة القانونية المعروضة عليه ، ورأى أن القانون الأجنبي هو واجب التطبيق ، تعين عليه تطبيقه دون أن يتمسك الخصوم بذلك ، ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون المصري بوصفه قانونا للقاضي في مسائل التكييف لا يتنازل إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة (نوع) من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعيا معينا كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الأموال ، ومتى تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضي إذ يتعين القانون الواجب تطبيقه ولا يكون للقاضي إلا أن يعمل بأحكام هذا القانون وقد استرشد المشروع في صياغة القاعدة الواردة في الفقرة الأولى بالمادة ٦ من تقنين بوستامنتي والمادة ٧ من المجموعة الأمريكية الخاصة بتنازع القوانين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص٣٣٥ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " بحث انطباق القانون الذي طلب المدعى تطبيقه أو عدم انطباقه هو بحث يجب على المحكمة أن تجريه ولو من تلقاء نفسها في كل دعوى تطرح عليها تمهيدا لإنزال حكم القانون الصحيح على الواقع الذي ثبت لها ، ومنازعة الخصم في انطباق القانون الذي يطلب المدعى تطبيقه لا تتضمن إنكارا منه لاختصاص المحكمة وإنما لانطباق القانون المطلوب تطبيقه فحسب وبالتالي فإن فصل المحكمة في مسألة انطباق القانون أو عدم انطباقه لا يعتبر قضاء منها في مسألة اختصاص مما يجوز استئنافه دائما " (الطعن رقم ٦٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩) وبأنه " على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد ، سواء مصدره التشريع أم غيره من المصادر ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد طبق أحكام الزواج الظني على واقعة الدعوى أخذا بما جرت عليه التقاليد والأحكام القضائية في ظل القانون البيزنطي بهذا الخصوص والتي تقضي المادة الأولى من قرار ١٨٣٥/٢/٢٣ – الخاص بالقوانين المدنية اليونانية الذي يحكم واقعة الزواج من حيث شروط صحته والآثار المترتبة على إبطاله – باتباعها . لما كان ذلك ، فإن النعى يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٤/١٢)

والأصل في العلاقات الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا ، لأن هذا القانون هو الذي يراه المشرع أكثر تحقيقا للعدالة ، والأقرب الى طبيعة العلاقة محل النزاع . (هشام صادق ، مركز القانون الأجنبي رقم ٣٠١)

- إثبات القانون الأجنبي : يذهب الفقه المصري الغالب وجانب من الفقه الفرنسي الى افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي أسوة بالتشريع الوطني (حامد ذكي ص١٨٢ ، السنهوري

ص٥٥ ، البدراوي ص٩٩ ـــ جابر جاد ص٥٨٢ ، هشام صادق ص٢٥٠) وأكثر الفقه في مصر يرون أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل القانون ، تصريحا (د/ عبد المنعم الصدة ص٢٩ ، ٣٠) ويذهب الى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة من مسائل القانون وقد تكون معاونة الخصم في بيان حكم القانون الأجنبي لازمة من الناحية العملية ، ولكن هذا لا ينزل بالقانون الأجنبي الى مستوى الواقعة ، ثم أنه إذا كان القانون الوطني يقضي تطبيق القانون الأجنبي على نزاع معين ، فإن هذا يقتضي تطبيقه على الوجه الصحيح وذلك بأن تكون مخالفته والخطأ في تفسيره محل رقابة من محكمة النقض . أما الصعوبة المزعومة في الإلمام بالقانون الأجنبي فلم يعد لها وجود بعد ما نراه اليوم بين مختلف الدول من صلات علمية ساعدن على تبادل المجموعات القانونية والقضائية والمؤلفات الفقهية بصورة شاملة (انظر أيضا نفس المؤلف ص٢٧ ، ٢٨ فيما جرى عليه العمل في هذه المسألة في انجلترا وألمانيا وسويسرا وإيطاليا) أو تلميحا (د/ محمد عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ود/ حامد ذكي في القانون الدولي الخاص المصري طبعة أولى فقرة ١٦٧ ، ١٦٨ ، الأستاذ / أحمد نشأت رسالة الإثبات فقرة ٢٠ ــ د/ سليمان مرقص في اصول الإثبات في المواد المدنية فقرة ١٩ ص١٨) – والقليل يذهب الى أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل الواقع (د/ عبد السلام ذهني في نظرية الإثبات ١ ص٩٤ – وبخاصة الأستاذ / عبد الباسط جميعي ص٥٥ ، ٥٧) ويذهب الى اعتبار القانون الأجنبي واقعة ، إذ أن القاضي لا يفترض فيه علم قانون غير دولته فهو ليس أداة إلا لدولته ، ولا يعترض بأن قانون دولته أمره بتطبيق قانون أجنبي فقد أمره أيضا بتطبيق قانون العقد والعقد واقعة ، ولكن القانون الأجنبي واقعة عامة من الوقائع التي يمكن أن تكون محلا لعلم الكافة ، فلا جناح على القاضي أن يبحث عنها إن شاء ، ولا عليه أيضا أن أجرى في شأنها علمه الشخصي ولا يكون قضاؤه فيها بعلمه محل طعن مادام عليه مطابقا للحقيقة ، فإن لم يطمئن القاضي الى نتائج بحثه وجب على الأخصام إقناعه ، فإن لم يستطيعوا جاز له أن يعتبر هذه حالة من الحالات التي لا يوجد فيها نص تشريعي وقد يرى تطبيق القانون المصري على أساس أن هذا ما تقضي به العدالة ، وقد أخذت محكمة النقض برأى مخالف فقضت بأن " وإذا كان الطاعن لم يقدم الدليل على القانون الإنجليزي باعتباره واقعة تجب أن يقيم الدليل عليها حتى تتبين مدى صحة ما ادعاه من بطلان التحكيم لمخالفته للنظام العام ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا الشرط صحيحا مرتبا لآثاره لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨١/١٢/٩) وبأنه " الاستناد الى قانون أجنبي لا يعد وأن يكون واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصم إقامة

الدليل عليه " (الطعن رقم ١٥٥٥ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٥٢٢ جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ ، والطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ق "أحوال شخصية" س١٨ ص١٤٦٧ جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦) وبأنه " إذا كانت الطاعنة لم تقدم السند الذي يبيح لها طلب إبطال الوصية من نصوص القانون الأسباني عملا بالمادة ١٧ من القانون المدني ، وكان الاستناد الى قانون أجنبي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، فإن النعى لا يكون مقبولا " (الطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١/١٩) وبأنه " الاستناد الى قانون أجنبي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ، ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع القائم على القانون الأجنبي – أمام محكمة الموضوع ، فإنه يكون سببا جديدا لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤) وبأنه " التمسك بتشريع أجنبي أمام محكمة النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا يغني في إثباتها تقديم صورة عرفية تحوي أحكام هذا التشريع " (الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٧/٧) وبأنه " الأصل أن التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة تستدعي التدليل عليها ، إلا أنه في خصوص سريان قانون العقوبات المصري خارج الإقليم المصري عملا بحكم المادة الثالثة من هذا القانون ، فإنه يتعين على قاضي الموضوع – وهو بصدد إنزال حكم القانون على الواقعة المطروحة عليه – أن يتحقق من أن الفعل معاقب عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه " (الطعن رقم ٢٠١١ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٧)

- وعلى قاضي الموضوع تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد سواء كان مصدره التشريع أم غيره من المصادر ، فقد قضت محكمة النقض بأن " على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد ن سواء كان مصدره التشريع أم غيره من المصادر ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد طبق أحكام الزواج الظني على واقعة الدعوى أخذا بما جرت عليه التقاليد والأحكام القضائية في ظل القانون البيزنطي بهذا الخصوص والتي تقضي المادة الأولى من قرار ١٨٣٥/٢/٢٣ – الخاص بالقوانين المدنية اليونانية الذي يحكم واقعة الزواج من حيث شروط صحته والآثار المترتبة على إبطاله – باتباعها . لما كان ذلك ، فإن النعى يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٤/١٢)
- وقواعد التنازع من حيث المكان لا تسري على القانون الأجنبي ولا حتى القانون العام بصفة عامة ، فقد قضت محكمة النقض بأن " القانون الجنائي هو قانون جزائي له نظام قانوني

مستقل عن غيره من النظم القانونية الأخرى وله أهدافه الذاتية إذ يرمى من وراء العقاب إلى الدفاع عن أمن الدولة ، ومهمته الأساسية حماية المصالح الجوهرية فيها فهو ليس مجرد نظام قانوني تقتصر وظيفته على خدمة الأهداف التي تعني بها تلك النظم ، وعلى المحكمة عند تطبيقه على جريمة منصوص عليها فيه وتوافرت أركانها وشروطها أن تتقيد بإرادة الشارع في هذا القانون الداخلي ومراعاة أحكامه التي خاطب بها المشرع القاضي الجنائي فهى الأولى في الاعتبار بغض النظر عما يفرضه القانون الدولي من قواعد أو مبادئ يخاطب بها الدول الأعضاء في الجماعة الدولية " (الطعن رقم ١٦٢٧ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٢/٣/٦) وبأنه " ينصرف لفظ (الفروع) الواردة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات الى أبناء المتوفى لصلبه وأبنائهم دون الأولاد بالتبني وقد أفصح المشرع عن قصده بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور من أن ورثة الشخص الطبيعي هم بنوه وبنو أبنائه أما من عداهم فإن الميراث ينتقل إليهم مصادفة وعلى وجه لا يتوقعونه بسبب عدم وجود وارثين من الطبقة الأولى ، والأولاد بالتبني أدخل في باب المصادفة من الورثة ذوي القربى ، ولا يغير من هذا النظر أن يكون القانون اليوناني قد جعل الولد بالتبني في مركز الابن الشرعي بالنسبة لرسم الأيلولة كما لم يعتبره من فروع المتوفى فضلا عن أن قوانين الأحوال الشخصية إنما تهدف الى تحديد علاقة الفرد بأسرته (حقوقه والتزاماته) أما تحديد علاقة الفرد بالدولة فيرجع في شأنها إلى القوانين المنظمة لهذه العلاقة " (الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٢/٧/٧)

- كيفية إثبات القانون الأجنبي : عدم التقيد بقواعد الإثبات القضائي التي نظمها المشرع لإثبات الوقائع ، فكل من المشرع المصري أو الفرنسي لم ينص صراحة على الطرق الجائز الالتجاء إليها للبحث عن مضمون القانون الأجنبي ، ولذا كان الأصل هو حق القاضي في الالتجاء إلى كافة وسائل العلم بالقانون الأجنبي التي يراها الأصلح للوصول إلى الحقيقة الموضوعية فهو لا يتقيد سلفا بالطرق التي نص عليها المشرع لإثبات الوقائع ، وإن جاز له الاستئناس بها إذا تبين سلامتها للكشف عن مضمون القانون الأجنبي ، ولهذا السبب فقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على استبعاد الاعتراف واليمين كوسائل لإثبات القانون الأجنبي ، رغم أنها من أكثر الطرق استخداما لإثبات الوقائع ، فلا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم واتفاقهم على مضمون معين للقانون الأجنبي ، لأن من واجبه تطبيق القانون الأجنبي الكائن فعلا في الخارج ، لا أن يطبق قانونا وهميا فرضته عليه إرادة الخصوم أو مصلحتهم في الدعوى ، وعلى العكس فقد أقر كل من القضاء الفرنسي والمصري إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها . (هشام صادق ، مرجع سابق ص٢٣٨)

- الحل الواجب الاتباع عند استحالة التوصل الى مضمون القانون الأجنبي : التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ينتهي في الأحوال التي يستحيل فيها التوصل إلى الكشف عن أحكام هذا القانون ، وقد تنوعت الاتجاهات الفقهية التي واجهت هذا الفرض فمنهم من ذهب إلى الامتناع عن الفصل في النزاع وذلك لتعذر الكشف عن أحكام القانون وقد انتقد هذا الرأى لتعارض مع المبادئ العامة في قانون المرافعات ولأن القاضي ملزم دائما بالبحث عن القاعدة الواجبة التطبيق حتى ولو لم يكن هناك نص وذهب رأى آخر لتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدينة تأسيسا على افتراض تطابق القانون الأجنبي مع هذه المبادئ إلا أن هذا الرأى قد تم انتقاده لأنه يفتقر إلى السند القانوني كما يفوض القاضي سلطات واسعة تؤدي للتحكم وذهب اتجاه آخر لتطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه فإذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الأمريكي وتعذر على القاضي الكشف عن مضمونه ، فله أن يطبق القانون الإنجليزي باعتباره من نفس (العائلة القانونية) ، وقد انتقد هذا الرأى على أنه من المستحيل أو الصعب التقارب بين التشريعات المختلفة وقد ذهب رأى آخر الى تطبيق قانون القاضي عند تعذر الكشف عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وقد انتقد هذا الرأى بدوره لأنه يقوم على أساس خاطئ ، فليس صحيحا أن القانون الوطني هو صاحب الاختصاص العام لحكم علاقات القانون الخاص حتى لو تضمنت عنصرا أجنبيا ، ذلك أن طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني ، فالأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا (د/ مصطفى كامل ياسين ص٥٥٢ ، ٥٥٣) وقد ذهب رأى آخر الى تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالمسألة المعروضة بعد القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه ، وأساس هذا النظر هو أن المشرع بهدف من وراء قواعد الإسناد الى إخضاع العلاقات الدولية الى أكثر القوانين ارتباطا بها ، وأقدرها بهذا الوصف على تحقيق العدالة من وجهة نظره ، فإن تعذر الكشف عن مضمون هذا القانون ، فإن الأقرب الى حكمة التشريع هو تطبيق أكثر القوانين الأخرى ارتباطا بالنزاع ، سواء كان قانونا أجنبيا أم قانون القاضي نفسه ، وللقاضي في هذا السبيل أن يستهدي بالمبادئ العامة في التنازع السائدة في قانونه ، ليكشف من خلالها عن اقرب الحلول الى هذه المبادئ وأكثرها تحقيقا للهدف الذي تسعى إليه (هشام صادق ، مرجع سابق) وقد انتقد هذا الرأى على أساس أنه يتوخى القاضي سلطة التشريع ويمنحه القدرة على وضع قاعدة إسناد احتياطية في الفروض التي يتعذر فيها الكشف عن مضمون القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية . والخلاصة أنه لو تعذر الكشف عن أحكام القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد

الأصــلية فإن مراعاة حكمة التشــريع وطبيعة العلاقة الدولية محل البحث يحتم القول بتطبيق أكثر القوانين ملائمة لهذه العلاقة بعد القانون الذي تعذر التوصل إلى مضمونه ، وسواء كان هذا القانون هو قانون القاضـــي أو أى قانون آخر ، فهذا الاتجاه الذي يتسـم بالمرونة ويتلاءم مع طبيعة العلاقات الدولية ، يتلافى أوجه النقد الموجهة إلى الفكرة التقليدية في شـأن التطبيق الجامد لقانون القاضي في جميع الأحوال ، دون أن يستبعد مع ذلك إمكانية هذا التطبيق ، فقد يكون قانون القاضي هو الأقرب إلى طبيعة العلاقة بعد القانون الذي تعذر الكشف عن أحكامه ، بل قد يضــطر القضـــاء إلى تطبيق قانونه في النهاية إذا ما تعذر عليه التوصــل أيضـــا إلى مضمون القانون أو القوانين الأكثر اقترابا إلى طبيعة العلاقة بعد القانون الذي أشـارت قاعدة الإسناد الأصلية باختصاصه والذي تعذر الكشف عن مضمونه . فقانون القاضي بعد ، على الأقل ، قانون المحكمة التي طرح النزاع أمامها ، وهو ، بهذه الصفة ، لا يعد غريبا تماما عن النزاع في كثير من الفروض (شمس الدين الوكيل ، مرجع سابق ، هشام صادق مرجع سابق)

- دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي : دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي على هذا النحو لا يختلف كثيرا عن دوره عند تفســـير قانونه ، فحتى في هذا المجال الأخير فهو يتقيد عملا بما توافر عليه القضـــاء المســتقر في دولته ، ومن جهة أخرى فقد يمتلك القاضـــي حرية نسبية في تفسير النصوص الأجنبية في الأحوال التي يتبين له فيها تضارب القضاء الأجنبي حول حقيقة مضمونها وعدم استقراره على تفسير معين لها ، ونشير في النهاية إلى الفرض الذي قد يستقر فيه القضاء في دولة القاضي على تفسير قاعدة أجنبية معينة على نحو يخالف ما انتهى إليه تطور القضـــاء الأجنبي نفســه في تفســير هذه القاعدة ، ونحن لا نتردد في هذه الحالة في تحويل القاضـــي الوطني حق الخروج عن الحلول القضـــائية المســتقرة في دولته ، والانصياع الى التفسير السائد لدى قضاء الدولة التي يطبق قانونها . (هشام صادق ، مرجع سابق)
- خضوع قاضي الموضوع في تطبيقه للقانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض : اتجهت محكمة النقض إلى فرض رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية وبالتالي يخضع لقاضي الموضوع في تطبيقه للقانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض . (انظر هشام صادق بند ٧٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الأصل بحسب أحكام القانون المدني الفرنسي أن تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك Communate الذي نظمت قواعده المادة ١٣٩٩ وما بعدها ، وقد أجاز المشرع الفرنسي للزوجين اللذين يريدان الخروج على قواعد هذا النظام كلها أو بعضها أن يعلنا رغبتهما هذه في مشارطة يعقدانها ويبينان فيها النظام المالي الذي اختاراه ، وهذه المشارطة يطلق عليها بالفرنسية Conterate de Mariage وهى غير وثيقة الزواج التي يتم بها الزواج A cte

de Mariage ويوجب القانون تحرير تلك المشارطة أمام الموثق وقبل الزواج . فإذا لم يستعمل الزوجان هذه الرخصة ولم يحررا مشارطة من هذا القبيل خضعت أموالهما حتما لنظام الاشتراك باعتباره أثرا من الآثار التي يرتبها القانون أصلا على الزواج ويمتنع عليهما في هذه الحالة أن يعدلا من القواعد التي وضعها القانون لهذا النظام باتفاقات خاصة يعقدانها فيما بينهما بعد الزواج لأن تلك القواعد تعتبر غير قابلة للتغيير بإرادة الزوجين مادامت الزوجية قائمة ، وتبعا لذلك لا يعتد بما يصدر منهما بعد الزواج من اتفاقات أو إقرارات يكون القصد منها إخراج أى عنصر من عناصر المال المشترك من نظام الاشتراك واعتباره مملوكا ملكية خاصة لأحدهما " (الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/١٩) وبأنه " متى كانت المحكمة قد تبينت أن الأفعال التي نسبها المدعي اليوناني الجنسية في دعوى طلاق رفعها على زوجته قد وقعت كلها قبل تاريخ اصلح معها ، وأنه وفقا للمادة ١٤٧١ من القانون اليوناني لا يجوز طلب الطلاق لأسباب كان قد تم الصلح عنها فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون الواجب تطبيقه على واقعة الدعوى " (الدعوى رقم ٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٤/٢/٢٥) وبأنه " ما نصت عليه المادة ١٩٥ من القانون المدني السويسري من أن الزوج هو المالك لكل أموال الزوجية التي لا تكون حصصا للزوجة وأن إيرادات الزوجة ابتداء من تاريخ استحقاقها أو الثمار الطبيعية لحصصها بعد انفصالها تصبح ملكا للزوج يدل على أن الزوج هو المالك لإيرادات وثمار جميع الأموال الزوجية " (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٢٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦) وبأنه " خطأ الزوج لا يعتبر وفقا لأحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق سببا لعدم قبول دعواه بطلب التطليق للإهانة الجسيمة التي لحقته بسبب خطأ زوجته ، وإنما يعتبر من المسائل الموضوعية البحتة التي يتعين على المحكمة أن تقيم لها وزنا في تقدير جسامة ما لحق الزوج طالب التطليق من إهانة للأخطاء المنسوبة الى الزوجة المدعى عليها ، حتى إذا ما انتهت من هذا التقدير برأى رتبت على نتيجته آثاره القانونية بالنسبة الى طلب حضانة الأولاد والنفقة إن كانت مطلوبة ومصروفات دعوى التطليق " (الطعن رقم ٨ لسنة ٢٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/٦/١٧) وبأنه " نص المادة ١٨٤٣ من التقنين المدني اليوناني فيما ورد به من أن ذكر سبب الحرمان في ذات الوصية يفيد ضرورة أعماله لتعلقه بانتقال الحقوق في التركات بطريق الإرث لمن لهم الحق فيه شرعا فإذا لم يذكر سبب الحرمان في الوصية فلا سبيل الى إثباته ، ومن ثم لا يقبل من الطاعنين الدليل على سبب الحرمان " (الطعن رقم ٢٣ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢) وبأنه " النص في المادتين ٢٠٢٠ ، ٢٠٢١ من القانون المدني اليوناني يدل على أن مهمة منفذ الوصية في الأصل مقيدة بتنفيذ أحكام الوصية ومحددة بأعمال الإدارة ولا يباح له التصرف عند الضرورة الملجئة إلا بموافقة الوارث فإن لم يكن هناك وارث أصلا أو تعذر إبداء رأسه لسبب أو لآخر ، فلا مناص من الحصول على إذن بذلك من محكمة

التركة ، وإذ نهج الحكم المطعون فيه هذا المنهج ، فإنه قد التزم التفسير السليم لنصوص القانون المدني اليوناني آنفة الإشارة " (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢) وبأنه " إذ تقضي القاعدتان الأولى والرابعة من القواعد الملحقة بقانون نقل البضائع بحرا الصادر بانجلترا في سنة ١٩٢٤ بعدم مسئولية الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج عن إهمال أو خطأ الربان أو البحارة أو المرشد أو مستخدمي الناقل في الملاحة أو إدارة السفينة من الوقت الذي ينقضي بين شحن البضائع في السفينة وتفريغها منها ولو كانت أخطاء جسيمة ، فإن مفاد ذلك أن الإعفاء يسري على تلك الأخطاء سواء وقعت في أعالي البحار أم في المياه الإقليمية " (الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٦/١٣) وبأنه " لا تناقض بين ما قرره الحكم من بطلان الزواج – الزواج الظني في القانون اليوناني – وما قرره من اعتباره قائما منتجا لآثاره حتى تاريخ الحكم ، إذ يتفق هذا التقدير مع طبيعة البطلان في الزواج الظني " (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٤/١٢) وبأنه " متى كان القانون البيزنطي هو الذي يحكم الآثار المترتبة على بطلان الزواج ، وهو يعطي الزوجة الحق في أن ترث في تركة زوجها لوفاته قبل الحكم بالبطلان ، فلا محل للتحدي بتطبيق المادة ١٣٨٣ من القانون المدني اليوناني الجديد التي تضع أحكاما مختلفة للزواج الظني في هذا القانون " (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٤/١٢) وبأنه " وفقا للمواد ١٤٤٢ ، ١٤٤٨ ، ١٤٤٩ من القانون المدني اليوناني يجوز لكل من الزوجين أن يطلب التطليق إذا تسبب الزوج الآخر بخطئه في تصدع الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، ولا يعتد بأسباب التطليق التي مضت عليها سنة من تاريخ علم الزوج المعتدى عليه بها أو عشر سنوات من تاريخ وقوعها ويجوز مع ذلك الاستناد إليها لتقديم دعوى مؤسسة على أسباب أخرى " (الطعن رقم ١ لسنة ٣٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٥/٦/٢)

- ومن التطبيقات العملية لتفسير القضاء للقانون الأجنبي ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لما كانت المادة ١٤٤٢ من القانون المدني اليوناني تشترط لتوافر حالة تصدع الحياة الزوجية التي تبرر طلب الطلاق أن يكون التصدع ناشئا عن خطأ الزوج المدعى عليه ، وأن يكون هذا الخطأ قد أدى الى تصدع الحياة الزوجية بشكل جدي ، وأن يصبح استمرارها فوق ما يطيقه طالب الطلاق ، وكانت المادة ١٤٤٨ من هذا القانون قد نصت على سقوط حق الزوج طالب الطلاق بمضى سنة من تاريخ علمه بسبب الطلاق أو بمضى عشر سنوات من تاريخ قيام هذا السبب في كل الأحوال ، وكانت المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية قد نفت وقوع التصدع القوي الذي يبيح للزوج طلب التطليق وأنه على فرض حدوث هذا التصدع الذي يبيح للزوج طلب التطليق فلم تكن الزوجة هى المتسببة فيه ، وأن ما نسبه الزوج إليها لا يعدو أن يكون من الإهانات التي تقع بين الزوجين ولا تكون سببا لتصدع الحياة الزوجية وأن

المآخذ التي عزا ها إليها لم تحل دون استمرار الحياة الزوجية من تاريخ زواجهما الى أن حدثت بينهما مشادة يقع الخطأ فيها على عاتق الزوج . لما كان ذلك ، فإن المحكمة تكون قد استعملت سلطتها الموضوعية في تقدير واقعة الدعوى ولم ينطو هذا التقدير الموضوعية على خطأ في فهم معنى تصدع الحياة الزوجية المبرر لطلب الطلاق " (الطعن رقم ٩ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٤/٦/١٠) وبأنه " لما كان يبين من الحكم أنه أقام قضاءه بتطليق الطاعنة من المطعون عليه على ما ورد في مذكرات الطاعنة وخطاباتها رغم ما أثبته من أنها طلبت رفض الدعوى ودفعت بعدم قبول الخطابات والمفكرات كدليل إثبات فيها لحصول الزوج عليها من طريق غير مشروع وهو السرقة بأن كسر في غيبتها الدرج المخصص لها ، وكان الحكم إذ أطرح هذا الدفع قد قرر بأنه " مهما يكن من أمر تلك الرسائل والمذكرات والطريقة التي قبل أن المدعى (المطعون عليه) حصل بها عليها فإنها كدليل إثبات لها قيمتها في مثل هذا النزاع " ، وكان هذا الذي قاله الحكم يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا من أن الخطابات الخاصة المتبادلة بين الزوج والغير وإن كانت بحسب الأصل لا يجوز التمسك بها إلا بإذن المرسل إليه فإنه في دعوى الزنا و دعوى الطلاق أو التفريق يجوز استثناء للمدعى من الزوجين أن يتمسك بها في الإثبات بشرط أن يكون قد حصل عليها بطريق مشروع ، ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها ، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أيا كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج عليها مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة هو تقرير غير صحيح انبنى عليه القضاء في الدعوى ، وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها كدليل في الإثبات أم غير مشروعة فلا تقبلها ثم تؤسس حكمها على ما يظهر لها من نتيجة هذا الفحص . لما كان ذلك ، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه " (الطعن رقم ٣ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٣/١/٨) وبأنه " أخذ الفقه والقضاء اليوناني – تخفيفا من الآثار المترتبة على الزواج الظني ، وهو يكون في حالة ما إذا كان الزوجان أو أحدهما حسن النية يعتقد بصحة انعقاد الزواج ، وهذا الزواج وإن كان باطلا إلا أنه ليس للبطلان فيه أثر رجعي ، بل يظل العقد صحيحا منتجا لكافة آثاره حتى يحكم بالبطلان ، ومن هذه الآثار حق الزوج حسن النية في أن يرث في تركة الزوج الآخر إذا ما حكم بالبطلان بعد الوفاة ، وذلك حماية لحسن النية وتلبية للضرورات الاجتماعية التي أملت هذا النظام " (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٤/١٢) وبأنه " استناد المحكمة الى فتوى صادرة من المعهد

اليوناني للقانون الدولي كعنصر من عناصر البحث التي استأنست بها لتعرف الرأى السديد في تأويل نصوص القانون اليوناني لا يعتبر تخليا منها عن وظيفتها " (الطعن رقم ٢٣ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢) وبأنه " تقدير ما يعد إهانة جسيمة تبرر طلب التطليق وفقا لنص المادة ٢٣٢ من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر الصادر في ١٩٤٥/٤/١٢ هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض الفرنسية من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير رقابة عليها من محكمة النقض " (الطعن رقم ٨ لسنة ٢٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/٦/١٧)

- تعريف التكييف : التكييف هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون ، وتبدو بذلك أهمية التكييف بوصفه عملية أولية ولازمة لإخضاع التصرف أو الواقعة القانونية محل النزاع للنص القانوني الذي يحكم هذا التصرف أو تلك الواقعة ، ومن هنا كان الخطأ في التكييف مسألة قانونية تخضع دائما لرقابة المحكمة العليا ، وإذا كان للتكييف أهميته السابقة في القانون الداخلي ، فإن أهميته تزداد بصفة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص ، ذلك أن قواعد الإسناد لا تضع حلا لكل من المسائل التي تطرح أمام القضاء على حدة ، وإنما هى تضع الحلول لكل طائفة من المسائل ، فقد رأينا أن كل قاعدة من قواعد الإسناد المختلفة تتضمن فكرة مسندة وضابط للإسناد يرشد الى القانون الواجب التطبيق على جميع المسائل التي تدخل في إطار هذه الفكرة ، فالقاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم تتضمن فكرة الأهلية كفكرة مسندة وضابط للإسناد هو الجنسية ، والقاعدة التي تنص على إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه تشتمل بدورها على فكرة مسندة هى فكرة شكل التصرفات وضابط للإسناد هو قانون بلد الإبرام ، وعلى هذا فإذا ما طرح نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا أمام القضاء الوطني ، فعلى القاضي أن يتحقق ما إذا كانت المسألة محل النزاع تدخل مثلا في مضمون فكرة الأهلية أو فكرة شكل التصرفات ، وهى عملية أساسية تتوقف عليها معرفة القانون الواجب التطبيق ، وهكذا يتعين على القاضي في المثال السابق أن يقوم بتحديد كل من فكرتى الأهلية وشكل التصرفات ليمكن له إدراج المسألة المطروحة أمامه في إحدى هاتين الفكرتين ، وبالتالي يتيسر له معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع ، وهذه العملية التي يقوم القاضي بمقتضاها بتحديد طبيعة المسألة المعروضة ، هى التي يطلق عليها فقه القانون الدولي الخاص اسم التكييف ، وعلى هذا النحو يمكن القول بأن التكييف في القانون الدولي الخاص هو تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الفكر المسندة تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين . (هشام صادق بند ٢٧ ،

جابر جاد عبد الرحمن ، مرجع سابق ص٢٠٥ ، وقد اختلف الفقه اختلافا كبيرا حول تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص)

- المقصود بالتكييف الذي يخضع للقانون المصري : المقصود بالتكييف الذي يخضع للقانون المصـــري هو التكييف الأولى أو الســـابق وقد جاء بالمذكرة الإيضـــاحية للقانون بأن تطبيق القانون المصري بوصفه قانونا للقاضي في مسال التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعيا معينا لطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص .... الخ ، ولا يكون للقاضـــي إلا أن يعمل أحكام هذا القانون (مجموعة الأعمال التحضـــيرية ج١ ص٢٣٥ وما بعدها) والمقصود بالقانون المصري هو المبادئ العامة في هذا القانون أيا كان مصدرها ، وبذلك يمكن القول أن القاضي يستهدي بالأصول العامة والمبادئ السائدة في القانون المصـري دون التقيد فقط بما ورد بالنصـوص ، فإذا تضـمنت النصـوص التشـريعية تكييف معين للمسألة المعروضة ، فلا شك أن القاضي يكون ملزما في هذه الحالة بالأخذ بهذا التكييف . أما إذا لم تتضـمن النصـوص تكييف معين للمسـألة المعروضـة ، كما هو الوضـع الغالب ، فيكون على القاضـــي أن يحدد طبيعة هذه المســـألة وفقا للمبادئ العامة في قانونه ، وفي سبيل القيام بهذه المهمة ، فإن القاضـي لا يتقيد بوضـع النص في قانون أو مكان معين ، "فوجود قاعدة متعلقة بالإثبات في القانون المدني لا يمنع من اعتبارها متعلقة بمضمون فكرة الشـــكل في القانون الدولي الخاص ووجود قاعدة معينة في قانون المرافعات لا يمنع من وصـفها قاعدة موضـوعية عند تفسـير قاعدة الإسـناد" (شـمس الدين الوكيل ص٥٨) وبالمثل فإنه بالنسـبة لمواد الأحوال الشـخصـية والتي يطبق القضـاء في شـأنها قوانين متعددة ، فإن تحديد طبيعة المســألة المعروضـــة يتم الرجوع الى القانون المصـــري في جملته دون التقيد بقانون أو بآخر من القوانين المعمول بها في مصر (د/ منصور مصطفى ص٨١) وعلى ذلك يمكن القول بأن القاضي لا يتقيد بما جاء بنصوص التشريع إلا إذا قامت هذه النصوص بمهمة التكييف ، وهو ما لا يحدث إلا نادرا . أما إذا تصـدى القاضـي بنفسـه لمهمة التكييف في غير هذه الحالة الاســـتثنائية فهو لا يتقيد بوضـــع النص في قانون معين أو في مكان معين من تقسيمات هذا القانون ، وغني عن البيان أن حرية القاضي عند سكوت النصوص عن القيام بمهمة التكييف ليست مطلقة ، بل إن القاضي مقيد بعدم الخروج في تكييفه للمسالة المعروضة عن المفاهيم المســـتمدة من المبادئ العامة في القانون المصـــري ، ومن هنا يختلف مســـلك القاضـــي عند إجراء التكييف على هذا النحو عن مســـلكه الذي تمناه الأســـتاذ كوادري ، فقد مضـت الإشـارة الى أن الأسـتاذ الإيطالي يرى أن تكييف العلاقة يخضـع لعلم القانون مجردا

عن تصور القوانين الوضعية له (منصور مصطفى منصور رقم ٤٢٠) ونخلص في النهاية الى أن الفقه المصري قد انتهى بحق الى أن المقصود بالقانون المصري الذي يرجع إليه في شأن التكييف وفقا لمفهوم المادة العاشرة من القانون المدني هو المبادئ العامة والأصول الجامعة للقانون المصري ، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني هذا المعنى فجاء بها "وينبغي أن يفهم من رجوع المحاكم المصرية الى قانونها في مسائل التكييف إلزامها بالرجوع الى القانون المصري في جملته – بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص وبالأموال أيا كان مصدر هذه القواعد – دون أن تقتصر على الأحكام التي تختص بتطبيقها وفقا لتوزيع ولاية القضاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص٢٣٤)

- إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يعني تجاهل القانون الأجنبي : إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يعني تجاهل القانون الأجنبي الذي تمسك الخصوم بأحكامه ، أو المحتمل التطبيق . ذلك أن الوقوف على حقيقة العلاقة المطروحة أمام القضاء لا يتأتى إلا بالرجوع الى أحكام القانون الأجنبي الذي تمسك الخصوم بنصوصه ، وعلى هذا النحو يمكن للقاضي أن يكشف عن الملامح الأساسية للعلاقة والمركز محل البحث (شمس الدين الوكيل ص٥٧) وذهب رأى الى أن الرجوع الى القانون الأجنبي والاستئناس بأحكامه في هذه الحالة لا يعد استثناء على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي . ذلك أن الكشف عن طبيعة المركز المطروح أمام القضاء يقتضي بداهة أن نتلمس أولا المعالم الأساسية لهذا المركز وفقا لأحكام القانون الذي يستند إليه ، وإذا ما تم للقاضي الاستئناس بالقانون الأجنبي على هذا النحو ، أمكنه بعد ذلك أن يرد المسألة المعروضة – بعد أن برزت معالمها – الى الفكرة المسندة الملائمة لها في قانونه ، ويستلزم ذلك من القاضي أن يكشف عن مضمون الفكرة المسندة ليتبين مدى تضمنها للعلاقة المطروحة أمامه ، وهذه هى مرحلة التكييف الذي يخضع للقانون المصري ، بوصفه قانون القاضي ، وفقا للحكم الوارد بالمادة العاشرة من القانون المدني . (د/ هشام صادق ، مرجع سابق)
- إخضاع التكييف للقانون المصري لا يعني تطابق الفكرة الواردة في قاعدة الإسناد : إخضاع التكييف للقانون المصري على النحو السالف لا يعني بالضرورة تطابق الفكرة الواردة في قاعدة الإسناد مع التصوير السائد عن هذه الفكرة في القانون الداخلي ، "ولئن كان الأصل هو تماثل معنى الفكرة الواحدة بالنسبة للقانون الدولي الخاص والقانون الداخلي ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع في بعض الأحيان من تغيير معنى الفكرة عند تفسير قاعدة الإسناد" (شمس الدين الوكيل ص٥٧) فقد مضت الإشارة الى أن فكرة شكل التصرفات مثلا قد تتخذ معنى يختلف في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي استجابة للاعتبارات الدولية ، فقد

رأينا أن الأساس الذي تقوم عليه قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه في القانون الدولي الخاص هو التيسير على المتعاقدين إزاء الصعوبات العملية التي قد تصادفهم في التعرف على الأحكام القانونية الخاصة بالشكل في قانون دولة غير تلك التي تم فيها العقد ، وهذا الاعتبار الغريب عن العلاقات الداخلية يبرر التوسع في مضمون فكرة الشكل في القانون الدولي الخاص (منصور مصطفي منصور ص٨٢) ويرجع الاختلاف المتصور بين مضمون الفكرة المسندة في القانون الدولي الخاص عن المفهوم السائد عن هذه الفكرة في القانون الداخلي في رأى الفقه المصري الى اعتبار هام سبق الفقه الفرنسي الحديث أن نبه الأذهان إليه ، "ذلك أن قواعد التنازع وضعت لمواجهة علاقات دولية وهذه العلاقات ليست مماثلة تماما للعلاقات الداخلية وهو ما يستتبع عدم لزوج وحدة الفكرة في النطاقين " (منصور مصطفي منصور ص٨٢) ولهذه الاعتبارات لم يتردد الفقه المصري – أسوة بالفقه الفرنسي – في تأكيد ضرورة الاستعانة بالقانون المقارن للتوسع في مفهوم قانون القاضي استجابة للاعتبارات الدولية ، وتمشيا مع وظيفة قواعد الإسناد . (شمس الدين الوكيل ص٥٧ ، هشام صادق ص١٥٢ ، منصور مصطفى منصور ص٨٣)

- يجب تطبيق القانون المصري في تكييف العلاقات : المشرع المصري قد استخدم في المادة العاشرة صياغة مرنة تسمح بهذا التوسع ، فقد جاء في هذه المادة أن القانون المصري هو (المرجع) في التكييف ، "ولفظ المرجع ليس فيه الجمود الذي كان يمكن أن يتوافر في النص ، إذا جاء مقررا أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في تكييف العلاقات " (شمس الدين الوكيل ، مرجع سابق ص٥٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان المرجع في تكييف ما إذا كانت المسالة المعروضة على المحكمة من مسائل الأحوال الشخصية أم هى ليست كذلك هو القانون المصري وفقا للمادة ١٠ من القانون المدني ، وكان يبين من المادة ١٣٤ من قانون المرافعات ، والمادة ١٣ من القانون ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون نظام القضاء أن المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية ، وكانت المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذ أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل في كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلا لم تفرق بين حالة وأخرى بل أطلقت النص ومن ثم لا تكون المحكمة إذ قضت من تلقاء نفسها ببطلان الحكم الابتدائي لعدم تدخل النيابة في هذه المسألة استنادا الى المادة ٩٩ مرافعات قد أخطأت في تطبيق القانون ، كما يكون في غير محله استناد الطاعنين الى القانون السويسري في تكييف النظام المالي بين الزوجين تكييفا يخرج مسألته عن متناول نص المادة ٩٩ المشار إليه ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون الدعوى قد رفعت أصلا بوصفها دعوى مدنية بطلب ملكية حصة معينة وطلب

قسمتها متى كانت قد أثيرت فيها مسألة أولية من مسائل الأحوال الشخصية تقتضي تدخل النيابة في الدعوى . أما القول بأن المسألة تركزت في عيوب الرضا الخاصة بالاتفاق على النظام المالي بين الزوجين من حيث وجود عيوب الرضـــا أو انعدامه ومن حيث تقادم دعوى الإبطال في هذا الخصـــوص أو عدم تقادمها وبأن الحكم شـــابه قصـــور إذا أغفل الواقعة الجوهرية التي آثارها الطاعنون وهى أن نظام اتحاد الأموال قد استبدل به غيره بمقتضى الاتفاق المشار إليه ، كل هذه الاعتراضات لا تخرج المسألة المتنازع عليها من حيزها القانوني الصحيح وهو أن النظام المالي الذي يخضع له الزوجان هو مسألة أولية متعلقة بصميم الأحوال الشخصية " (الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

- المشرع سوى بين المنقولات والعقارات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق : المشرع قد سوى بين المنقولات والعقارات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق في شأن الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى ، فأخضـعها في الحالتين لقانون الجهة التي يوجد بها المال ، وعلى هذا النحو فإذا تصـدى القاضـي لإعمال قاعدة الإسـناد الواردة بالمادة ١٨ من القانون المدني ، فعليه أن يقوم بتكييف المسألة المعروضة وفقا للقانون المصري ليرى ما إذا كانت تدخل في مضمون فكرة الحقوق العينية من عدمه ، فإذا تبين للقاضي أن العلاقة المطروحة أمامه مما يندرج في فكرة الحق العيني ، فإن تحديد وصــف المال بعد ذلك يخضــع بداهة لقانون الموقع ، لا على سـبيل الاسـتثناء من القاعدة العامة ، وإنما بوصـفه تكييفا ثانويا أو لاحقا . (هشـام صـادق ، مرجع سابق)

﴿ المـــــادة ١١ ﴾

"الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.

أما النظام القانوني للأشـخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شـركات وجمعيات ومؤسـسـات وغيرها ، فيسـري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشـخاص مركز إدارتها الرئيسـي الفعلي ، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصري هو الذي يسري ."

﴿ التعليـــــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري المادة ١٢ ، الليبي المادة ١١ ، العراقي المادة ١٨ .

﴿ الشـــــرح ﴾

- المقصود بالحالة المدنية للأشخاص : وينصرف اصطلاح الحالة بمعناها المطلق إلى كل من الحالة العامة أو السياسية والحالة المدنية للشخص ، فالحالة العامة أو السياسية هى مركز الشخص من الدولة ، ويندرج تحتها كل من فكرة الجنسية والموطن ، والجنسية لا تثير تنازعا بين القوانين بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح . فكل دولة تحدد شروط التمتع بأحكام جنسيتها . كل ما في الأمر هو أن القاضي قد يواجه مشكلة تعدد الجنسيات ، كذلك فإن تحديد الموطن لا يثير تنازعا بين القوانين . فإذا اتخذته قاعدة الإسناد الوطنية ضابطا يشير إلى القانون الواجب التطبيق ، فإن الرأى الراجح هو الرجوع إلى قانون القاضي لتحديد المدلول القانوني للموطن ، أما الحالة المدنية ، وهى مركز الشخص من أسرته ، فهى التي يمكن أن تثير تنازعا بين القوانين ، وقد أخضعها المشرع في المادة ١١ إلى قانون الجنسية ، على أن الأمر ليس بسيطا إلى هذه الدرجة . إذ قد تختلف جنسية كل من طرفى العلاقة سواء بالنسبة لنشأة الزواج مثلا أو بالنسبة لآثاره ، وهو ما دعى المشرع إلى مواجهة كل مسألة على حدة بقاعدة إسناد مستقلة ، بل وإن المشرع لم يعالج كافة المسائل المتعلقة بالحالة المدنية ، وهو ما يجعل التصدي لوضع الحلول المناسبة في شأن هذه المسائل أمرا لازما . (شمس الدين الوكيل ص١ ، منصور مصطفي منصور ص١٩١ ، هشام صادق مرجع سابق)
- خضوع الاسم لقانون الجنسية : ومن المسائل التي لم يعرض لها المشرع بصفة مستقلة مسألة الاسـم كعنصـر من عناصـر حالة الشـخص ، ويمكن القول من البداية بسـلامة الاتجاه نحو خضـوع الاسـم ، بوصـفه من العلامات المميزة للشـخص ، القانون الشـخصـي ، وهو قانون الجنسية في مصر وفقا للمادة ١١ مدني . فهذا القانون هو الذي يبين حق الشخص على اسمه وما إذا كان يجوز له تغييره (راجع الدكتور محمد كمال فهمي فقرة ٣٨٤ والدكتور جابر جاد فقرة ١٠٨ والدكتور عز الدين عقد الله فقرة ٧٩ ، وانظر في اتجاه القضاء الفرنسي نحو هذا المعنى Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ فقرة ٤٠٤ ص٤٥٠) ومع ذلك فقد ثار الخلاف حول المقصود بالقانون الشخصي في هذه الحالة ، ويرى البعض أن المقصود هنا هو قانون جنسية الشخص ذاته (جابر جاد ص٢٨٦) بينما يؤكد البعض الآخر أن المقصود بالقانون الشخصي هو القانون الذي يحكم آثار النسب إن كان الاسم متعلقا بالنسب (كما فهمي فقرة ٣٨٤ ، وانظر في القانون الواجب التطبيق على آثار النسب ما بعده فقرة ١٥١) أما مدى حق الزوجة في أن تحمل اسـم زوجها فهو يعد من آثار الزواج ، ويرى البعض امتداد هذا الحل أيضـا بالنسـبة

لمدى حق الزوجة في الاحتفاظ باسـم زوجها بعد انقضـاء الزواج (كمال فهمي فقرة ٣٨٤) بينما يؤكد اتجاه آخر إخضاع هذه المسألة للقانون الذي يحكم آثار الطلاق أو التطليق (منصور مصطفى منصور ص٢٢٨) وإذا كان القانون الشخصي هو المرجع في شأن مدى حق الشخص على اسمه ، وما إذا كان يجوز له تغييره على التفصيل السابق ، فإن الإجراءات الخاصة بتغيير الاسم نخضع للقانون الإقليمي لتعلق الأمر بالحماية المتطلبة للغير وباستقرار التعامل مما يمس اعتبارات الأمن المدني في الإقليم (محمد كمال فهمي فقرة ٣٨٤ ، وراجع في القانون الواجب التطبيق على الغيبة عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص٢٠٧ وما بعدها ، وجابر جاد فقرة ١٠٩)

- الطبيعة القانونية للاسم : والاسم باعتباره من مميزات الشخصية ينطوي على واجب وحق في وقت واحد فإذا كان من الواجب أن يتسمى الشخص باسم معين حتى يتميز بذلك عن غيره من الأفراد ، فإن الشخص حقا على اسمه ينبغي احترامه ، ويقرر البعض في هذا الصدد أن الاسم بالنسبة للشخص الذي يحمله إنما هو التزام أو واجب obligation وحق droit في الوقت ذاته ، فالاسم نظام من أنظمة الأمن المدني institution de police civile إذ أنه الوسيلة الإجبارية لتمييز الأشخاص ، وهو كذلك يكون حقا من حقوق الشخصية ، ولصاحب المصلحة الحق في أن يستعمل اسمه وأن يمنع الغير من استعماله والاعتداء عليه ، حتى ولو لم يترتب له ضرر من جراء هذا الاعتداء ، فالاسم واجب يقرره القانون ، وقد فرض القانون أن يكون للشخص الى جانب اسمه الشخصي لقب حتى يميزه عن غيره ، كما أن القانون يقضي بضرورة ذكر اسم المولود ولقبه في البيانات التي تقدم عند التبليغ عن ميلاده ، ومن جهة أخرى إذا كان القانون بفرض على الأفراد اتخاذ اسم ولقب على هذا النحو ، فإنه لا يترك لهم الحرية في تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب إرادتهم ، وإنما يرسم لذلك نظاما ينبغي اتباعه حق يمكن حصول هذا التغيير ، وحتى يضمن بذلك جدية الأمر ، لأن تغيير الاسم الذي عرف الشخص به في الجماعة قد يضر بمصالحهم ، ومن هذا يتبين أن القانون لا يترك للأفراد حرية التغيير والتبديل في أسمائهم ، وهذا أمر تقتضيه المصلحة العامة ، وإلى جانب ذلك فإن الاسم إذا كان واجبا فهو حق للشخص كما قلنا ، وقد رأى البعض أن حق الشخص على اسمه إنما هو حق ملكية ، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي ، ولكن اعتبار الحق في الاسم حق ملكية منتقد ، والواقع أن حق الشخص في اسمه ليس حقا ماليا وإنما هو حق من الحقوق العامة اللصيقة بالشخصية ، وتبعا لذلك فإنه يتمتع بالحماية التي تتمتع بها الشخصية ذاتها ، ولما كان الحق في الاسم من الحقوق العامة على هذا النحو ، فإنه يترتب على ذلك أنه لا يمكن التنازل عنه ، كما لا يمكن التصرف فيه نظرا للصلة الوثيقة التي تربط

بينه وبين الشخص ، ومن ناحية أخرى مادام الحق في الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإنه لا يرد عليه التقادم المكسب أو المسقط ، أى أنه لا يمكن أن يكتسب الغير عليه حقا بمضى المدة ، كما أنه لا يمكن أن يفقد بعدم الاستعمال المدة الطويلة . (الدكتور حسن كيرة ، أصول القانون ، الإشارة السابقة ، والدكتور توفيق فرج مرجع سابق)

- أهلية الوجوب : إخضاع أهلية الوجوب للقانون المصري بوصفه القانون الإقليمي دون غيره ، فعنده أن دور القانون الأجنبي يأتي بعد الفراغ من معالجة مسألة التمتع بالحقوق ولا يشترط إطلاقا في حلها ، ونحن نرى أنه من العسير إغفال دور القانون الأجنبي تماما على هذا النحو . فإذا تبين للقاضي مثلا أن القانون المصري لا يحرم الأجنبي من حق تملك المنقولات محل النزاع والموجودة في دولة أجنبية ، فإن هذا لا يعني الانتهاء من مشكلة مدى تمتع الأجنبي بهذا الحق . إذ قد يتبين للقاضي بعد إعمال قاعدة الإسناد المصرية والتي تقضي في هذه الحالة بتطبيق قانون دولة موقع المنقول أن هذا القانون الأخير يحرم الأجنبي من التمتع بالحق موضوع النزاع ، وهنا لابد من التسليم بدور القانون الأجنبي الذي يحكم الموضوع في الفصل في مشكل مدى تمتع الشخص بالحق موضوع النزاع ، وفي هذه الحدود يمكن أن يفهم الاتجاه الفقهي القائل بإخضاع أهلية الوجوب للقانون الذي يحكم الموضوع بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية (الدكتور منصور مصطفي منصور ص٢٩٤ ، الدكتور عز الدين عبد الله ، الجزء الأول رقم ١٧٠) وتطبيقا لما تقدم فإذا كان النزاع يتعلق بمدى حق الأجنبي في تملك الأراضي الزراعية في مصر ، فإنه يتعين الرجوع الى أحكام القانون المصري ، ولما كان هذا الأخير يحرم الأجانب من هذا الحق لم يعد هناك مجال لإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بملكية العقار والتي تخضعه لقانون موقعه (م١٨ مدني) حقا أن الرجوع الى هذه القاعدة يفضي في هذا المثال أيضا الى تطبيق القانون المصري ، وهو يحرم الأجانب من حق تملك الأراضي الزراعية كمبدأ عام ، ومع ذلك فإن تطبيق أحكام القانون المصري لا يستند في حالتنا الى قاعدة الإسناد الواردة في المادة ١٨ مدني ، وإنما تنطبق هذه الأحكام تطبيقا مباشرا قبل إعمال قاعدة الإسناد المذكورة ، والتي لا وجه للرجوع إليها كما رأينا مادام أن الشخص محروم أصلا من حق تملك العقار الذي تسند القاعدة المذكورة الحق في تملكه لقانون الموقع . أما إذا كان النزاع يتعلق بمدى حق الشخص في تملك عقار كائن في دولة أجنبية ، فإنه يتعين في هذه الحالة الرجوع الى قانون موقع هذا العقار الفصل في هذه المسألة إعمالا لقاعدة الإسناد الواردة في المادة ١٨ مدني ، أى القانون الذي يحكم الموضوع ، ذلك أن القانون المصري بوصفه القانون الإقليمي ، لا يحرم الشخص – مصريا كان أو أجنبيا – من حق تملك العقارات الكائنة في دولة أخرى (الدكتور هشام صادق ، مرجع سابق)

وذهب رأى آخر الى أن أهلية الوجوب لا تخضع لقانون واحد ، بل يختلف هذا القانون بحسب الفكرة المسندة التي يندرج تحتها الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا ، فحق الشخص في أن يوصى يدخل في فكرة الوصية ويحكمه قانون جنسية الموصى وقت الوفاة (م١٧ مدني) وحقه في أن يرث يخضع لقانون جنسية المورث (م١٧) وحق الشخص في أن يتملك يخضع لقانون جنسية المورث (م١٧) وحق الشخص في أن يتملك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية أى قانون موقع المال (م١٨) وحق الزوج في أن يتزوج زوجة ثانية يخضع لقانون جنسيته (م١٢) وهو ما يتضح منه أن أهلية الوجوب ليست فكرة مستقلة تخضع لقانون واحد . (الدكتور منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق ص٢٤٨ وما بعدها)

- موانع التصرف : وموانع التصرف ، أو عدم الأهلية الخاصة ، تتقرر في خصوص تصرفات معينة مثل منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها في كل من فرنسا ومصر ، ومنع الطبيب في فرنسا من أن يلقى تبرعا من المريض الذي يعالجه أثناء مرض الموت ، ومنع الزوجة من كفالة زوجها كما هو الشأن ، وهذه الموانع تختلف اختلافا جوهريا عن أهلية الأداء ، فهذه الأخيرة مناطها التمييز وتهدف القواعد المتعلقة بها الى حماية الشخص نفسه من نص قدرته على التمييز ، ولهذا فهى تنصرف الى التصرفات القانونية بوجه عام ، والأمر يختلف بالنسبة لعدم الأهلية الخاصة أو موانع التصرف والتي يكون المنع فيها خاصا بتصرف معين ومقصودا لذاته ، ولحكمة ليس من بينها حماية الممنوع من التصرف من نقص إرادته (شمس الدين الوكيل ، ص١٣٥) ويتفق الفقه الراجح على إخضاع عدم الأهلية الخاصة ، أو بمعنى أدق موانع التصرف ، للقانون الذي يحكم التصرف ذاته ، وعلى ذلك فإذا كفلت زوجة يونانية زوجها كفالة عينية بأن قدمت عقارا لها في مصر رهنا لتأمين دين عليه فإن هذا العقد يقع صحيحا وفقا للقانون المصري – وهو القانون الواجب التطبيق بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ١٩ مدني – رغم الحكم الخاص بمنع الزوجة من كفالة زودها الوارد في القانون اليوناني ، فالقانون المصري لا يخطر على الزوجة كفالة زوجها سواء كانت الكفالة شخصية أو عينية . (عز الدين عبد الله ص١٥٩ ، شمس الدين الوكيل مرجع سابق ، هشام صادق مرجع سابق ، منصور مصطفي منصور رقم ٤٨٧)
- أهلية الأداء تخضع لقانون جنسية الشخص : أهلية الأداء العامة ، هى التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة وتخضع بالتالي لقانون جنسية الشخص ، وعلى ذلك فيرجع الى قانون الجنسية لمعرفة مدى تأثر أهلية الشخص بالسن ، وهل هو رشيد أو ناقص الأهلية أو عديمها ، ومدى قدرة ناقص الأهلية على إبرام التصرفات المختلفة ، والجزاء المترتب على مباشرة التصرف

رغم عدم توافر الأهلية اللازمة ، ويرجع الى هذا القانون كذلك في كل ما يتعلق بعوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة ومدى ما يترتب على كل منها من آثار ، كما تخضع لقانون الجنسية أيضا موانع الأهلية التي تترتب على العاهة أو الغيبة المقررة بحكم قضائي ، ومع ذلك يلاحظ أن المنع المقرر بمقتضى حكم قضائي صادر عن المحاكم الأجنبية لا يعتد به في مصر إلا لو كان الحكم مدنيا وحائزا لقوة الشيء المحكوم فيه في مصر . (شمس الدين الوكيل ص١٣٦ ، هشام صادق ص٤٩٦ وما بعدها)

- واستثناء يعتد بنقص الأهلية للتصرفات المالية للقاصر الأجنبي في مصر : استثنى المشرع من قاعدة خضوع أهلية الأداء لقانون الجنسية ، حالة التصرفات المالية التي تصدر عن أجنبي ناقص الأهلية في مصر وتترتب آثارها في مصر متى كان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء ، ويشترط لإعمال هذا الاستثناء توافر ثلاثة شروط أولها : أن يكون التصرف ماليا . أما التصرفات القانونية المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية مثل الزواج فهى تخرج من مجال إعمال الاستثناء ، وثانيها : أن يكون التصرف معقودا في مصر وتترتب آثاره فيها ، وثالثها : أن يكون نقص الأهلية لأجنبي راجعا الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، وعلى ذلك فإذا كان المتعاقد مع الأجنبي فلا وجه لحمايته وإعمال الاستثناء المقرر في المادة (١١) مدني .
- أثر الاستثناء : مؤدى المادة ١١ من القانون المدني أنه إذا كان نقص أهلية الأجنبي يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، بحيث يكون هذا الأخير معذورا في جهله بحكم القانون الأجنبي ، " فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته " ، أى أن نقص أهلية المتعاقد الأجنبي وفقا لأحكام قانون جنسيته ، والذي يجهله الطرف الآخر بعذر ، لا يؤثر في أهلية هذا الأجنبي ، بحيث يعتبر في حكم كامل الأهلية ، ما لم يكن هناك سبب آخر يؤدي الى نقص أهليته خلافا للسبب الخاص الذي لابسه الخفاء (راجع الدكتور منصور مصطفى منصور ص٤٥٥) وعلى ذلك فإن أثر الاستثناء الوارد في المادة ١١ من القانون المدني ينحصر في استبعاد نقص أهلية الأجنبي المؤسس على السبب المجهول بعذر من الطرف الآخر (منصور مصطفى منصور ، شمس الدين الوكيل ، عز الدين عبد الله ، محمد كمال فهمي) وغني عن البيان أنه يلزم لاعتبار الأجنبي كامل الأهلية وفقا للحكم السابق أن تكتمل أهليته وفقا للقانون المصري ، إذ المفروض أن المتعاقد الآخر قد اعتقد على الأقل في كمال أهلية الأجنبي وفقا لأحكام هذا القانون (هشام صادق ، مرجع سابق ، منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق)

- أهلية الشخص الاعتباري : الشخص الاعتباري كالشركة والجمعية والمؤسسة والنادي يشبه الشخص الطبيعي ، فلكل حالة سياسية وهى الجنسية وحالة مدنية ، كما أوضحناها فيما سبق بالنسبة للشخص الطبيعي وهى بالنسبة للشخص الاعتباري نظامه القانوني الذي يدل على تمتعه بالشخصية المعنوية وتنظيمه وبوجه خاص التصرف وما يترتب من أثر قانوني على هذا التعديل وكيفية انقضائه ، ويخضع هذا النظام لقانون الدولة التي اتخذ فيها الشخص الاعتباري مركز إدارته الرئيسي الفعلي أى الحقيقي الذي تنعقد به الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والذي توجد به مكاتب الإدارة متى كان نشاطها الرئيسي خارج مصر ، أما إن كان النشاط الرئيسي في مصر وجب تطبيق القانون المصري ، والنشاط الرئيسي هو الذي يكرث له الشخص الاعتباري كافة إمكانياته أو النسبة الغالبة منها ، وقاعدة الإسناد المتقدمة ، قاصرة على تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة المنازعات المتعلقة بالنظام القانوني للشخص الاعتباري . أما التصرفات التي يبرمها ، فإنها تخضع لقواعد الإسناد التي يخضع لها الشخص الطبيعي ، فإن باع أو اشترى أو رهن أو استأجر ، تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه التصرفات وفقا لقواعد الإسناد التي تضمنتها النصوص الخاصة بذلك ، وغالبا ما يلجأ القاضي الى معرفة القانون الذي يخضع له النظام القانوني للوقوف على مدى التصرف المبرم . (أنور طلبة ، مرجع سابق ، الإشارة السابقة)
- أهلية المرأة المتزوجة محترفة التجارة ينظمها قانون الدولة التي تنتهي إليها : تنص المادة الرابعة عشرة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " أهلية المرأة المتزوجة ينظمها قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها وعلى أن يفترض في الزوجة الأجنبية التي تحترف التجارة أنها تزاولها بإذن زوجها فإذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز للزوج الاعتراض على احتراف زوجته للتجارة أو سحب إذنه السابق وجب قيد الاعتراض أو سحب الإذن في السجل التجاري ونشره في صحيفة التسجيل ولا يكون للاعتراض أو السحب أثر إلا من تاريخ النشر ولا يؤثر الاعتراض أو السحب في الحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية " .
- الأهلية التجارية : تنص المادة الحادية عشرة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ " يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أو أجنبيا من بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن ومن أكمل الثامنة عشرة بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وذلك بعد الحصول على إذن المحكمة المصرية المختصة أما من تقل سنه عن ثماني عشرة سنة فلا يجوز له أن يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره راشدا في هذه السن

أو يجيز له الاتجار وتكون للقاصـــر المأذون له في الاتجار الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التي تقتضيها تجارته " (انظر الخلاف حول القانون الواجب التطبيق في شأن الأهلية التجارية ، هشام صادق بند ١٦٣ مكرر)

- المقصـــود بالنظام القانوني للشـــخص الاعتباري : يتفق الفقه المصـــري على أن المقصـــود بالنظام القانوني للشـــخص الاعتباري هو التركيب العضـــوي للشـــخص من حيث نشـــأته ، وأجهزة نشاطه ، وكيفية انقضائه (منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ص١٩٣ ، شـــمس الدين الوكيل ص ١٠٩) وفي ذلك تقول المذكرة الإيضـــاحية " ويرجع الى القانون الذي يطبق على حالة الشـــخص المعنوي في شـــأن تمتعه بالشـــخصـــية المعنوية وتنظيمه وبوجه خاص فيما يتعلق بتكوينه وإدارته وبالتصـــرف المنشـــئ له وطريق تعديل هذا التصرف وما يترتب من اثر قانوني على هذا التعديل وبكيفية انقضائه" (مجموعة الأعمال التحضـــيرية ج١ ص٢٤٤) أما المعاملات المالية التي يباشـــرها الشـــخص المعنوي فهى تخرج عن مجال فكرة نظامه القانوني ولا شأن لها بالتالي بقانون مجلس الإدارة الرئيسي ، وإنما ينطبق في شـأنها القانون الذي تشـير به قاعدة الإسـناد المختصـة وفقا لطبيعة المسـألة المعروضة ، فإذا ارتبط الشخص الاعتباري بعقد من العقود مثلا فإن المرجع في بيان القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية (م١٩ مدني) وإذا تعلق الأمر بالحقوق العينية على الأموال ، فإنه يتعين إعمال قاعدة الإســـناد الخاصـــة بمركز الأموال (م١٨ مدني) كما وأن شـــكل التصـــرفات التي يبرمها الشـــخص الاعتباري تخضع للقانون الذي عينته المادة ٢٠ من القانون المدني . (هشام صادق ، مرجع سابق)
- مركز الإدارة الرئيســـي الفعلي للشـــخص الاعتباري : والمقصـــود بمركز الإدارة الرئيســـي المكان الذي يتركز فيه النشاط التوجيهي للشخص الاعتباري ، وهو عادة المكان الذي يجتمع فيه مجلس الإدارة والجمعية العامة ، وتوجد فيه مكاتب الإدارة (شمس الدين الوكيل ، مرجع سـابق ص١٠٨) والملاحظ على هذا الضـابط أنه " يتميز بالوحدة وبنفر من التعدد " ، فمهما تعدد نشـــاط الشـــخص الاعتباري ، وتفرقت بالتالي أجهزته الإدارية ، فهناك دائما دولة ما تتركز فيها الإدارة العليا للمشـــروع ، وهذه الدولة هى التي تتعين تطبيق قانونها على النظام القانوني للشـــخص الاعتباري (شـــمس الدين الوكيل ص١٠٨) ولئن كان الأصـــل في مركز الإدارة الرئيســـي أنه ثابت لا يتغير ، فليس هناك ما يمنع مع ذلك من تغييره أو نقله الى بلد لآخر ، مادان هناك مصـــالح جادة ومشـــروعة تقتضـــب هذا التغيير (عز الدين عبد الله ج١ ص٧٢٩) ولا يكفي في نظر المشـــرع المصـــري أن يكون مركز الإدارة رئيسـيا ، بل يتعين فوق ذلك أن يكون هذا المركز فعليا ، وقد أخذ المشـرع في ذلك بالاتجاه السـائد لدى القضـاء

الفرنسي ، والذي أكد ضرورة الاعتداد بمركز الإدارة الحقيقي لا الصوري . (شمس الدين الوكيل ، مرجع سابق ، هشام صادق ص٤٦٠)

- القانون المصري يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية : كان من بين دوافع المشرع المصري حينما سد الطريق في وده احتمالات التحايل على أحكام القانون المصري ، مقررا استثناء هاما على القاعدة العامة الواردة في المادة ٢/١١ مدني في شأن إخضاع النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية لقانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي الفعلي ، ومؤدى هذا الاستثناء أن القانون المصري ، وليس قانون مجلس الإدارة الرئيسي ، هو الذي يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية فيما لو كانت هذه الأشخاص تباشر نشاطها الرئيسي في مصر ، وعلى ذلك فإذا باشر الشخص الاعتباري نشاطه الرئيسي في مصر ، فإن القانون المصري هو الذي يتعين تطبيقه في شأن النظام القانوني لهذا الشخص ، حتى لو كان مركز إدارته الرئيسي الفعلي في الخارج ، وخير مثال على ذلك هو شركة قناة السويس المؤممة ، فرغم أن مركز إدارة هذه الشركة كان في باريس ، إلا أنها تباشر لا شك نشاطها الرئيسي في مصر ، وهو ما كان يبرر تطبيق القانون المصري على نظامها القانوني . (هشام صادق مرجع سابق ، شمس الدين الوكيل ص١١٠)
- تطبيق الفقرة الثانية من المادة على المشرع العام الأجنبي : ليس هناك ما يمنع من حيث المبدأ من إعمال الفقرة الثانية الواردة في المادة ١١ من القانون المدني بالنسبة للنظام القانوني للمشروع العام ، فهذا النص قد جاء في صياغة عامة مقررا خضوع النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية (من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها) لقانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ، وعموم النص على هذا النحو قد يسمح بانطباقه على المشروعات العامة الأجنبية ، على الأقل مادامت تباشر نشاطا خاصا ، ومادامت – وهو شرط بديهي – تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن الدولة التي تتبعها . (هشام صادق ، مرجع سابق)
- المعاملات المالية للمشروع العام الأجنبي : يتجه الفقه الحديث بحق الى إمكان خضوع المعاملات المالية التي يجريها المشروع العام لقواعد الإسناد حسب نوع العلاقة التي يكون المشروع طرفا فيها ، مادام أنه يمارس ذا طبيعة خاصة . فإذا تعاقد المشروع مثلا في النطاق الذي يحدده القانون الذي يحكم نظامه القانوني ، تعين إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود والواردة في المادة ١٩ من القانون المدني (فؤاد رياض ، مركز المشروعات العامة ص١٨٣ وما بعدها) كذلك فإن إخلال المشروع بالتزاماته التعاقدية أو غير التعاقدية بعقد مسئوليته وفقا للمبادئ العامة (هشام صادق ، مرجع سابق ص٤٤٠ وما بعدها) .

- أحكام النقض :

✯الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وإذن فالوقف والهبة والوصية – وكلها من عقود التبرعات – تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها ، على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شئ مما تختص به تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها . (نقض ١٩٣٤/٦/٢١ ج١ في ٢٥ سنة ص١١٧)

✯لما كان المرجع في تكييف ما إذا كانت المسالة المعروضة على المحكمة هى من مسائل الأحوال الشخصية أم هى ليست كذلك هو القانون المصري وفقا للمادة ١٠ من القانون المدني ، وكان يبين من المادة ١٣ من القانون المدني والمادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون نظام القضاء أن المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية ، وكانت المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذ أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل في كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلا لم تفرق بين حالة وأخرى بل أطلقت النص ، ومن ثم لا تكون المحكمة إذ قضت من تلقاء نفسها ببطلان الحكم الابتدائي لعدم تدخل النيابة في هذه المسألة استنادا الى المادة ٩٩ مرافعات قد أخطأت في تطبيق القانون ، كما يكون في غير محله استناد الطاعنين الى القانون السويسري في تكييف النظام المالي بين الزوجين تكييفا يخرج مسألته عن متناول نص المادة ٩٩ المشار إليها ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون الدعوى رفعت أصلا بوصفها دعوى مدنية بطلب ملكية حصة معينة وطلب قسمتها متى كانت قد أثيرت فيها مسألة أولية من مسائل الأحوال الشخصية تقتضي تدخل النيابة في الدعوى . أما القول بأن المسألة تركزت في عيوب الرضا أو انعدامه ومن حيث تقادم دعوى الإبطال في هذا الخصوص أو عدم تقادمها وبأن الحكم شابه قصور إذا أغفل الواقعة الجوهرية التي أثارها الطاعنون وهى أن نظام اتحاد الأموال قد استبدل به غيره بمقتضى الاتفاق المشار إليه ، كل هذه الاعتراضات لا تخرج المسألة

المتنازع عليها من حيزها القانوني الصحيح وهو أن النظام المالي الذي يخضع له الزوجان هو مسألة أولية متعلقة بصميم الأحوال الشخصية . (نقض ١٩٥٣/٣/٢٦ ج١ في ٢٥ سنة ص١٧)

﴿ المـــادة ١٢ ﴾

"يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري المادة ١٣ ، الليبي المادة ١٢ ، العراقي المادة ٢ ، السوداني المادة ١٧ .

﴿ الشـــرح ﴾

- القانون الواجب التطبيق على الخطبة : الخطبة هى تمهيد للزواج يظهر كل من طرفيها استعداده المبدئي بمقتضاها لإبرام عقد الزواج ، وهى تعد في بعض الدول عقد تحدد له شروط موضوعية وشكلية معينة لكى يتسنى انعقاده ، كما تترتب عليه آثار محددة (جابر جاد عبد الرحمن رقم ١١٣) ويتفق الفقه المصري على خضوع الخطبة من حيث شكلها للقانون الذي يحكم شكل التصرفات وفقا لقاعدة الإسناد الواردة في المادة ٢٠ من القانون المدني . أما الشروط الموضوعية للخطبة فهى تخضع وفقا للرأى الراجح لقانون جنسية الطرفين قياسا على الزواج (منصور مصطفي منصور ص١٩٥ ، شمس الدين الوكيل ص١١١ ، جابر جاد ص٢٩٥) ويرى البعض بالمثل وجوب قياس آثار الخطبة على آثار الزواج وإخضاعها لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة ، ولكن الملاحظ أن آثار الخطبة في التشريعات التي تعتبرها عقد كغيره من العقود تنحصر عادة في كونها ترتب وعدا بالزواج وتلزم بذلك كل من طرفيها بعدم الارتباط بزواج آخر ، كما يترتب على العدول عن الخطبة التزام بالتعويض ، ويلتزم من تلقى هدايا من الطرف الآخر بردها عند العدول ، ومعظم آثار الخطبة على هذا النحو تصطدم باعتبارات النظام العام في مصر ، لما فيها من تجاهل للاعتبار الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج في القانون المصري بوصفه أساس الأسرة ، وهو ما يستتبع ترك الحرية كاملة لأطرافه في التبصر قبل القدوم على إبرامه ، وعلى ذلك فإذا كان قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة يرتب عليها التزاما بإبرام الزواج ، أو يقرر مبدأ التعويض لمجرد العدول عن الخطبة ، تعين استبعاد هذا القانون لما تتضمنه أحكامه من معنى الإكراه على الزواج ، وهو ما يتعارض مع النظام العام في مصر ، ولعل ذلك هو ما دفع البعض إلى القول بضرورة تطبيق القانون

المصري على آثار الخطبة واستبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام ، أما عن التزام الخاطب أو الخطيبة برد الهدايا فإنه لا يعدو في حقيقته أن يكون تطبيق لفكرة الإثراء بلا سبب ، وبالتالي فهو يخضع للقانون المحلي ، أى قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام ، بل وأن العدول عن الخطبة قد يرتب المسئولية بشرط أن يفترق العدول بخطأ تقصيري ، وفي هذه الحالة تخضع المسئولية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام . (هشام صادق ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه في أى وقت يشاء ، خصوصا وإنه يجب في العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد والعدول عنه باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه قد ألحقت ضررا ماديا بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة التضمين على ما وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هى في حد ذاتها – بغض النظر عن العدول المجرد – أفعال ضارة موجبة التعويض " (نقض ١٩٣٩/١٢/١٤ ، وفي ذات المعنى ١٩٦٢/١١/١٥ مجموعة أحكام النقض س١٣ العدد الثالث ص١٠٣٨)

- خضوع شكل الزواج للقاعدة العامة : كانت المادة ٢٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تنص في فقرتها الثانية على أنه " أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ومصري إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين " ، وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ (اكتفاء بالقواعد العامة) وبذلك أصبح شكل الزواج خاضعا للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٠ مدني والخاصة بشكل التصرفات بصفة عامة . (عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ص٢٦٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن قرر أن القانون المدني اليوناني والقانون المدني الإيطالي هما القانونان الواجب تطبيقهما في الدعوى فيما يتعلق بشروط صحة انعقاد زواج الطاعن بالمطعون عليها وبعد أن قرر أنه وفقا لنص المادة ١٣٥٤ من القانون المدني اليوناني ونص المادة ٨٦ من القانون المدني الإيطالي لا يجوز لمن كان مرتبطا بزواج سابق أن يعقد زواجا جديدا قبل انحلال الزواج السابق وإلا كان العقد الثاني باطلا – بعد أن قرر الحكم ذلك قصر بحثه على حكم القانون المدني الإيطالي فيما يتعلق بطلب بطلان الزواج الثاني الذي عقد أثناء غياب الزوج السابق وقبل أن تنتهي حالة غيبته وانتهى من هذا البحث إلى أنه لا

يقبل الطعن في الزواج الثاني طالما كانت حالة الغياب قائمة ، ولم يتعرض لحكم القانون المدني اليو ناني في هذا الخصوص مع أنه أحد القانونين الواجب الرجوع إليهما لتعرف الشروط الموضوعية لصحة الزواج الجديد عملا بالمادة ١٢ من القانون المدني المصري ، ومع تمسك الطاعن بأنه وفقا لنص المادة ١٣٥٤ من القانون المدني اليوناني يعتبر زواجه بالمطعون عليها باطلا إذ لم يصدر حكم بانحلال زواجها السابق قبل انعقاد زواجها الجديد . لما كان ذلك فإن الحكم إذ لم يتبين حكم القانون اليو ناني في واقعة الدعوى ولم يرد على ما تمسك به الطاعن في هذا الخصوص يكون قد جاء معيبا بما يستوجب نقضه " (الطعن رقم ٦ لسنة ٢٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/٤/١)

- الضوابط الأربعة لشكل الزواج : يخضع شكل الزواج لذات الضوابط الأربعة التي حددها المشرع في المادة ٢٠ من القانون المدني والخاصة بشكل التصرفات بصفة عامة وهى : قانون بلد الإبرام ، والقانون الذي يحكم الموضوع ، والموطن المشترك للمتعاقدين ، والجنسية المشتركة .
- الشروط الموضوعية للزواج : تحديد ما يدخل في فكرة الشروط الموضوعية هى مسألة تكييف تخضع بالضرورة للقانون المصري بوصفه قانون القاضي (م١٠ من القانون المدني) على أنه يلاحظ أن الرجوع إلى قانون القاضي حقه في الاستئناس بالقانون المقارن واستشارة القانون الأجنبي المحتمل التطبيق ، فقد مضت الإشارة إلى وجوب التوسع في مفهوم قانون القاضي ليتسع للنظم القانونية الغربية عنه ، وتبدو أهمية هذه الملاحظة إذا عرفنا أن المقصود بالقانون المصري الذي يرجع إليه في شأن التكييف في مواد الزواج وفقا للرأى السائد هو الشريعة الإسلامية صاحبة الولاية العامة في هذه المواد ، ولا شك أن أحكام الشريعة الغراء في هذا الخصوص تختلف اختلافا بينا عن الكثير من نظم الزواج السائدة في القوانين الأجنبية ، وهو الأمر الذي يقضي في النهاية ضرورة التوسع في مفهوم القانون المصري بوصفه المرجع في التكييف (هشام صادق رقم ٤٧ ، عز الدين عبد الله ص١٨٢) ولعل النظرة الشاملة إلى القواعد العامة في مصر تؤدي إلى القول بأن الشروط الموضوعية تتضمن " كل ما يتعلق بالتراضي وهى الشروط الخاصة بالإرادة التي تسهم في تكوين العقد سواء كانت إرادة أحد العاقدين أو من ينوب عن أيهما أو من يعاونه ، وتطابق الإرادتين ، وكذلك كل ما يتعلق بالمحل والسبب " (منصور مصطفى منصور ص٢٠٠ وما بعدها) وتطبيقا لهذا المفهوم على الشروط الشرعية للزواج يتضح أن جميع شروط صحة الزواج تعد من الشروط الموضوعية فيما عدا شرط الشهادة والذي سبق أن أشرنا إلى اعتباره شرطا شكليا (هشام صادق ، مرجع سابق) وعلى ذلك تعد شروط الانعقاد ، وهى كون العاقد مميزا واتحاد مجلس

الإيجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول ، من الشروط الموضوعية ، كما يعد كذلك أيضا أحد شرطى الصحة وهو صلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد ، أى غير محرمة على من يريد الزواج منها . أما الشرط الثاني لصحة الزواج وهو الشهادة فقد رأينا أنه يخرج عن فكرة الشـــروط الموضـــوعية ، وتعتبر شـــروط النفاذ بدورها موضـــوعية ، ويدخل في هذه الشـروط ما يتعلق بولاية كل من يتولى إنشـاء العقد لإبرامه . فالمتعاقد باسـمه يجب أن يكون أهلا ، كما يتعين أن تتوافر لدى المتعاقد باسم الغير سلطة النيابة ، وأخيرا فإن شروط اللزوم تعد هى الأخرى من الشـروط الموضـوعية ، ويعتبر من هذه الشـروط كل ما يتصـل بالمهر وضرورة تعادله مع مهر المثل ، ومدى توافر الكفاءة المتطلبة في الزواج (منصور مصطفي منصور ص٢٠١) وغني عن البيان أن شرط رضاء أحد الوالدين بالزواج والمقرر في بعض التشريعات يعد من قبيل الشروط الموضوعية في مصر ، أما شرط الطقوس الدينية فقد قلنا أنه يعد شرطا شكليا وفقا للمفهوم المصري للزواج بوصفه نظاما مدنيا . (شمس الدين الوكيل ص١١٩ ، ١٢٠)

- كيفية تطبيق القانوني على متحدي الجنســية أو مختلف الجنســية : لا صــعوبة في الأمر إذا اتحدت جنسية كل من الزوجين . إذ يتعين في هذه الحالة تطبيق قانون جنسيتهما المشتركة ، وإذا اختلفت جنســية الزوجين فيجب تطبيق جنســية كل من الزوج والزوجة تطبيقا موزعا ، وعلى ذلك فيكفي لصـــحة الزواج أن تتوافر في الزوج الشـــروط التي يتطلبها قانونه ، وأن يتحقق لدى الزوجة الشـروط المقررة في قانونها . (شـمس الدين الوكيل ص١١١ ، عز الدين عبد الله ص١٨٥ ، محمد كمال فهمي رقم ٣٨٦ ، منصـور مصـطفى منصـور ص٢٠١ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن قرر أن القانون المدني اليوناني والقانون المدني الإيطالي هما القانونان الواجب تطبيقهما في الدعوى فيما يتعلق بشروط صـــحة انعقاد زواج الطاعن بالمطعون عليها ... لم تعرض لحكم القانون المدني اليوناني في هذا الخصــوص مع أنه أحد القانونين الواجب الرجوع إليهما لتعرف الشــروط الموضــوعية لصحــة الزواج الجديد عملا بالمادة ١٢ من القانون المدني المصـــري – فإنه يكون قد جاء معيبا مما يستوجب نقضه " (الطعن رقم ٦ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٤/٤/١)

- الحالات التي لا يجوز فيها تطبيق القانون الأجنبي : ويمتنع أعمال أحكام القانون الأجنبي في الشــروط الموضــوعية للزواج في ثلاث حالات أولها أن يكون أحد الزوجين مصــريا وذلك عملا بنص المادة ١٤ ، وثانيها أن يكون المراد إعماله من الشـروط الموضـوعية للزواج في القانون الأجنبي هو مانع تكون أحكامه في هذا الصدد مخالفة للنظام العام في مصر وثالثها أن

يكون المراد إعماله من الشروط الموضوعية للزواج في القانون الأجنبي هو مانع من الزواج ويتضح أن هذا المانع إقليمي لا يمتد إلى دولة إبرام الزواج . (عز الدين بند ٩٢ ، ٩٣ – جابر بند ١١٥ – هشام صادق البنود ١٣٣ : ١٣٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن خلا التقنين المدني والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام ، إلا أن المتفق عليه أنه يشمل القواعد التي ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس مذهب علماني بحت يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية ، وإن كان هذا لا ينفي قيامه أحيانا على سند مما يمت إلى العقدية الدينية بسبب متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في مضير الجماعة ، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به ، مما مفاده وجوب أن تتصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعا من مسلمين وغير مسلمين بصرف النظر عن دياناتهم ، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على المسيحيين وينفرد المسلمون ببعضها الآخر ، إذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصيا أو طائفيا وإنما يتم تقديره بالموضوعية ، متفقا وما دين به الجماعة في الأغلب من افرداها ، وبهذه المثابة فلا يمكن اعتبار مبدأ عدم تعدد الزوجات من النظام العام بالمعنى السابق تجليته ، أخذا بما هو مسلم به من قصره على الشريعة المسيحية وحدها " (الطعنان رقما ١٦ ، ٢٦ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/١/١٧)

- المقصود بالنظام العام ، وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن خلا التقنين المدني والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام ، إلا أن المتفق عليه أنه يشمل القواعد التي ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أسا مذهب علماني بحت يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية ، وإن كان هذا لا ينفي قيامه أحيانا على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة ، بحيث يتأذى الشعور العام عند الاعتداد به ، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعا من مسلمين وغير مسلمين برصف النظر عن دياناتهم ، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على المسيحيين وينفرد المسلمون ببضعهما الآخر ، إذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصيا أو طائفيا وإنما يتم تقديره بالمو ضوعية ، متفقا وما دين به الجماعة في

الأغلب من أفراد ها ، وبهذه المثابة فلا يمكن اعتبار مبدأ عدم تعدد الزوجات من النظام العام بالمعنى السابق تجليته ، أخذا بما هو مسلم به من قصره على الشريعة المسيحية وحدها " (الطعنان رقما ١٦ ، ٢٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/١٧)

- وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام : أكد القضاء المصري في أحكامه دائما وجوب استبعاد القانون الأجنبي في جميع الفروض التي يتعلق فيها الأمر بحماية حقوق المسلمين ولو كانوا من الأجانب ، ولا يقتصر إعمال القضاء لهذه الفكرة في مواد الزواج ، و سواء بالنسبة لشروطه الموضوعية أو بالنسبة لانقضائه ، وإنما تجرى المحاكم على مراعاة المبدأ السالف في شتى مسائل الأحوال الشخصية الأخرى مثل مسائل الميراث والوصايا وما في حكمها ، وعلى هذا النحو يبدو لنا أن تعدد الشرائع الداخلية في شأنه الزواج في مصر على أساس فكرة الديانة لم يمنع من استخدام النظام العام كوسيلة لاستبعاد القوانين الأجنبية في فروض متعددة تدور جميعها حول فكرة رعاية حقوق المسلمين (أحمد قسمت الجداوي ، رسالة الدكتوراه باريس فقرة ١٩٦) وفي ضوء هذا النظر حكم القضاء المصري ببطلان زواج المسلمة بالكتابي ولو كان ذلك أمرا جائزا وفقا لقانون جنسية الزوجين (حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية ١٩٥٣/١٠/٦) كما يعتبر زواج المسلم بغير المسلمة من أهل الكتاب صحيحا حتى لو كان قانون جنسية الزوجين يقضي ببطلانه (شمس الدين الوكيل ص١٢٠) كذلك فقد جرى قضاء المحاكم المصرية على اعتبار زواج المسلم بزوجة ثانية صحيحا رغم المنع الوارد في قانون جنسيته (حكم محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٤/١/٥) ، وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها السلف ببطلان زواج سيدة تركية الجنسية مسلمة الديانة من بريطاني الجنسية مسيحي الديانة لمخالفته للنظام العام (حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية ١٩٥٣/١٠/٦) كما قضت المحكمة في حكمها الصادر في ٢٨ أكتوبر ١٩٥٢ بفسخ زواج بريطاني مسيحي من زوجته البريطانية المسيحية والتي اعتنقت الإسلام بعد الزواج ، استنادا إلى النظام العام ، وقد قضى أيضا بأن " وحيث أنه وإن كان صحيحا ما تدعيه المدعية من أن زواجها بالمدعى عليه هو زواج تقضي أحكام القانون المدني اليوناني ببطلانه بسبب مخالفته لحكم كل من المادتين ١٣٥٣ ، ١٣٥٤ من هذا القانون .... كما أنه صحيح أيضا ما تدعيه من أن أحكام القانون الإنجليزي تقضي هى الأخرى ببطلان هذا الزواج لوقوعه والزوج المدعى عليه مرتبط بزواج سابق لم تنحل رابطته بعد ، إلا أنه يلاحظ أن القضاء ببطلان مثل هذا الزواج لغير ما سبب سوى أنه زواج مسلك بمسيحية ، أو زواج جمع فيه زوج مسلم بين زوجتين في وقت واحد ، فيه مخالفة صارخة لمبادئ أساسية مقررة في مصر ، وذلك لأن أحكام الشريعة

الإسـلامية ... تجيز للمسـلم أن يتزوج بمسيحية كما تجيز له أن يجمع بين زوجتين في وقت واحد .... ومن ثم يكون الأخذ بالأحكام متقدمة الذكر المقررة في كل من القانونين اليوناني والإنجليزي فيه مخالفة للنظام العامة في مصـــر ، الأمر الذي يتعين معه طرح هذه الأحكام جانبا " (حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، دائرة الأحوال الشـــخصـــية جلســـة ١٩٥٤/١/٥) والملاحظ أن استخدام فكرة النظام العام لرعاية حقوق المسلمين على النحو السالف قد أصبح محصورا في الفروض التي يتعلق فيها الأمر بزواج أجنبي مسلم ، أو بزواج مصري مسلم تجنس بالجنسية المصرية بعد الزواج . أما لو كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، فإن هذا الاعتبار وحده يكفي لتطبيق القانون المصري دون اعتداد بقانون جنسية الزوج الآخر والتي قررت الحكم السـابق اسـتثناء من القاعدة العامة في إخضـاع الشـروط الموضـوعية للزواج لقانون كل من الزوجين ، وعلى هذا النحو تكفل المشـرع بمقتضـى المادة ١٤ مدني بحماية حقوق المصـريين المسـلمين عند زواجهم من الأجانب دون حاجة لاسـتخدام فكرة النظام العام . (هشام صادق بند ١٤٥ ، أحمد قسمت الجداوي رسالة الدكتوراه باريس راجع فيها ربط المادة ١٤ بمقتضيات النظام العام بند ١٤٤ وما بعده)

- إثبات الزواج ، فقد قضت محكمة النقض بأن " للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذي يقتضيه قانونهما الشخصي ، أو يبرما زواجهما في الشكل المقرر طبقا لقانون البلد الذي عقد فيه ، وإثبات الزواج يخضع للقانون الذي يحكم شكله " (نقض ١٩٧٨/٣/١ س٢٩ ص٦٥١ طعن ١ لسنة ٤٥ق)
- توثيق عقود الزواج ، فقد قضـت محكمة النقض بأن " إن جاء بالمذكرة الإيضـاحية لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسـنة ١٩٤٧ من أنه " .... قد كان مقتضـى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هى التي تتولى جميع المحررات أيا كانت ... و هذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين ، إلا أنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار في توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشـخصـية لدى مكاتب التوثيق التشريعية بمجلس النواب عن ذات القانون من أنه " يقتضي توحيد جهات التوثيق أن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة وأن تحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصـول العقود الموثقة بها والدفاتر والوثائق المتعلقة بها ... أما المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين فتختص بها مكاتب التوثيق إذ يجب أن تختص جهة واحدة بعد إلغاء المحاكم المختلطة بالتوثيق لغير المسـلمين في محررات أحوالهم الشـخصـية التي يتطلب القانون حالا أو مسـتقبلا توثيقهما ، مع عدم حرمان الأجانب من حقهم في توثيق هذه المحررات أمام جهاتهم القنصـلية طبقا للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص " ما جاء

بهذا التقرير وتلك المذكرة لا يعدو أن يكون إفصاحا من المشرع عن إرادته في توحيد جهات التوثيق التي كانت متفرقة ، وحر صا منه في ذات الوقت على ا ستمرار تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، دون أن تكون هناك أدنى صلة لذلك بمسألة الامتيازات الأجنبية أو فترة الانتقال التي صاحبت إلغاءها " (نقض ١٩٧٤/١٢/٤
س٢٥ ص١٣٣٠)

يجوز للأجانب أو يتزوجوا في جمهورية مصر العربية في الشكل الدبلوماسي أو القنصلي ، بشرط أن يكون إجراء الزواج داخلا في وظيفة الممثل الدبلوماسي أو القنصلي ، حسب قانون دولته ، إذ أن بعض الدول التي تعتبر الزواج نظاما دينيا كاليونان لا تجيز لقناصلها مباشرة عقد الزواج . كما أن بعض الدول تستلزم أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما تابعا لها . هذا ومتى كان الزوجان من جنسية واحدة أبرم الزواج لدى قنصل دولتهما ، أما إذا كانا من جنسيتين فيعقد الزواج مرة لدى قنصل الزوج وأخرى لدى قنصل الزوجة ، مع ملاحظة حدود اختصاص كل قنصلية حسب قانونهما ، وقد قضت المحاكم المختلطة بصحة الزواج الحاصل لدى قنصلية الزوج وحده ، ويحتج بالزواج القنصلي في الجمهورية مادام قد تم في قنصلية تقر لها حكومة الجمهورية بمشارة هذا الاختصاص على أنه إذا كان للأجانب أن يختاروا ما بين الأشكال الثلاثة المتقدمة ، إلا أن ذلك مشروط بكون الطرفين في الزواج أجنبيين ، فإذا كان أحدهما وطنيا تعين إجراء الزواج في الشكل المقرر في القانون المصري ، دون الشكل الذي يقضي به قانون جنسية الطرف الأجنبي والشكل القنصلي (عز الدين عبد الله مرجع سابق ، هشام صادق مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " العرف مصدر أصيل من مصادر القانون الدولي ، ولا يوجد نص تشريعي في مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبية في مصر بأعمال التوثيق ، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضع وبين ما نصت عليه الفقرة (و) من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية والتي انضمت إليها جمهورية مصر العربية اعتبارا من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتي تقضي بأن الوظائف القنصلية تشمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارسة الأعمال المشابهة وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإداري ما لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها " (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/١٢/٤) وبأنه " إن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ من أنه .... قد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هى التي تتولى توثيق جميع المحررات أيا كانت .... وهذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة الى غير المسلمين ، إلا أنه بالنسبة الى الأجانب يكون لهم الخيار في توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم

الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقا لقواعد القانون الدولي ...." ، وما أورده تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن ذات القانون من أنه " .... يقتضي توحيد جهات التوثيق أن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية المختلفة وأن تحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة بها والدفاتر والوثائق المتعلقة بها . أما المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين فتختص بها مكاتب التوثيق إذ يجب أن تختص جهة واحدة بغير إلغاء المحاكم المختلطة بالتوثيق لغير المسلمين في محررات أحوالهم الشخصية التي يتطلب القانون حالا أو مستقبلا توثيقها ، مع عدم حرمان الأجانب من حقهم في توثيق هذه المحررات أمام جهاتهم القنصلية طبقا للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص ...." ما جاء بهذا التقرير وتلك المذكرة لا يعدو أن يكون إفصاحا من المشرع عن إرادته في توحيد جهات التوثيق التي كانت متفرقة ، وحرصا منه في ذات الوقت على استمرار تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، دون أن تكون هناك أدنى صلة لذلك بمسألة الامتيازات الأجنبية أو فترة الانتقال التي صاحبت إلغاءها " (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

- زواج المصريين في الخارج : يجوز للمصريين في الخارج أن يتزوجوا بأحد أشكال ثلاثة هى : (١) في الشكل الدبلوماسي والقنصلي لدى ممثلي الجمهورية في الدول الأجنبية : ذلك أن المادة ٩٦ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون نظام السلك الدبلوماسي والقنصلي تنص على أنه " يباشر أعضاء بعثات التمثيل القنصلي – فيما يباشرون – الاختصاصات الآتية : وذلك طبقا للاتفاقات والمعاهدات والقرارات على ألا تعارض مع قوانين البلاد التي يؤدون فيها أعمالهم ويشترط اتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية والتعليمات المنظمة لمباشرة هذه الاختصاصات : ١- قيد مواليد المصريين ووفياتهم في حدود دوائر اختصاصهم . ٢- إبرام عقود الزواج والتصادق عليه متى أحد الزوجين أو كلاهما مصري الجنسية وذلك طبقا للتعليمات المنظمة لذلك ، وفي هذه الحالة يكون لأعضاء بعثات التمثيل القنصلي نفس السلطات والاختصاصات المخولة للموثقين والمأذونين الشرعيين في مصر ، ومن ثم إذا كان الزوجان مصريين أو كان أحدهما مصريا والآخر أجنبيا جاز لهما الزواج بالطريق الدبلوماسي والقنصلي أمام أعضاء بعثات التمثيل القنصلي لمصر في الدولة الأجنبية . (٢) في الشكل الذي يقضي به القانون المصري : يجوز للمصريين في الخارج إبرام زواجهم في الشكل الذي يقضي به القانون المصري . فإذا كان الطرفان مسلمين جاز لهما الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية أى بالإيجاب والقبول وحضور شاهدين تتوافر فيهما شروط الشهادة . غير أن الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج لا

تقبل في مصر – عند الإنكار – ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة (م١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) وكان يجوز لغير المسلمين أن يتزوجوا لدى الكنيسة التي يتبعونها ولو لم يكن الزواج أمامها هو الشكل المحلي وذلك قبل تعديل المادة ٣ من قانون التوثيق بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ . غير أن المادة بعد تعديلها بالقانون الأخير لم تعد تسمح للمصريين غير المسلمين بإبرام زواجهم إلا عن طريق الموثقين المنتدبين ، وذلك لم يعد الشكل الديني من الأشكال التي يأخذ بها القانون المصري ، بحيث يمكن القول بأن المصريين غير المسلمين لا يجوز لهم إبرام زواجهم في الخارج أمام الجهة الدينية التي يتبعونها ، وإنما يتعين عليهم أن يبرموا زواجهم في الخارج أمام الممثل القنصلي لمصر ، وقد اشترطت المادة ٩٦ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ ألا يكون ذلك متعارضا مع قوانين الدولة التي تؤدي فيها البعثة القنصلية عملها . (٣) طبقا للشكل المحلي : يجوز للمواطنين في الخارج أن يتزوجوا في الشكل المحلي للدولة التي يزمعون إبرام عقد الزواج فيها . فإذا كان الطرفان مسلمين أو كان الزوج على الأقل مسلما ، وكان الشكل المحلي هو الشكل الإسلامي ، فإنه يمكن إفراغ الزواج في هذا الشكل ، كذلك يمكن إفراغ الزواج في الشكل المحلي متى كان مطلق شكل مدني ، وعلى الأقل متى كان هذا الشكل يكفل شهر الزواج بالشهادة ، كما لو تزوج وطنيان مسلمان أمام موثق الحالة المدنية في فرنسا بحضور شاهدين مسلمين . أما إذا كان الشكل المحلي دينيا لما استطاع الوطنيون المسلمون إجراء الزواج فيه ، وعليهم أن يتزوجوا في الشكل القنصلي ، أما إذا كان الزوجان غير مسلمين ، فإنه يصح عقد زواجهما في الشكل المحلي سواء أكان هذا الشكل دينيا أم مدنيا . (عز الدين عبد الله ص٢٧٩ وما بعدها ، جابر عبد الرحمن ، تنازع القوانين ٣١٠)

﴿ المـــادة ١٣ ﴾

" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج ، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

أما الطلاق ، فيسري عليه قانونا الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري المادة ١٤ ، الليبي المادة ١٣ ، العراقي المادة ٣ ، والمادة ٢/١٩ ، السوداني المادة ١٩ .

﴿ الشـــــرح ﴾

- آثـار الـزواج : لا تعرف الشريعة الإسلامية سوى الآثار الشخصية للزواج ، ومن بين هذه الآثار بطبيعة الحال ما يتسم بطابع مالي مثل التزام الزوج بنفقة الزوجية . أما الآثار المالية للزواج بالمعني الدقيق ، والتي تقررها بعض النظم الأجنبية ، فهى غير معروفة لا في الشريعة الغراء ولا في النظم التي تحكم الطوائف غير الإسلامية في مصر ، ومهما كان الأمر فإن نص المادة ١/١٣ قد أخضع آثار الزواج الشخصية منها والمالية لقانون أحد هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .
- الآثار الشخصية للزواج : يرتب عقد الزواج لكل من الزوجين حقوقا معينة ، كما يقرر بعض الالتزامات على كل منهما ، ومجموع الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين على هذا النحو هى التي تطلق عليها تعبير آثار الزواج ، والآثار الشخصية للزواج قد تكون شخصية بحتة وقد تتسم بالطابع المالي ، ومثال الآثار الشـخصـية البحتة حق الزوج على زوجته في الطاعة والقرار في المنزل والقيام على شـئونه ، وحق الزوجة على زوجها في العدل إذا تعددت زوجاته ، كما يعد من هذه الآثار أيضـا حق الزوجة في أن تحمل اسـم زوجها أثناء الزواج (محمد كمال فهمي بند ٣٨٤ ، جابر جاد بند ١٠٨) أما الآثار ذات الطابع المالي فمثالها حق الزوجة على زوجها في المهر ، وحق كل من الزوجين على الآخر في نفقة الزوجية .

وقد استقر القضاء المصري على أنه " اعتبار نفقة الزوجية من الآثار الشخصية للزواج التي تخضـع لقانون جنسـية الزوج وقت انعقاد الزواج " (راجع نقض ١٩٥٤/١/١٤ مجموعة النقض س٥ العدد الثاني ص٤٢٦ وما بعدها) كما قضـت نفس المحكمة في حكم آخر بذات هذا المعنى مقررة أنه " لما كان الزوج وفقا لنص المادتين ١٣٩١ ، ١٣٩٤ من القانون المدني اليوناني ملزما بالنفقة لزوجته إلا إذا كانت هى التي انسحبت من الحياة الزوجية المشتركة من غير مبرر معقول ، وكامن المحكمة قد أثبتت بالأدلة السائغة التي أوردتها أن الزوج هو الذي رفض استئناف الحياة الزوجية وأن الزوجة سـعت إلى منزل الزوجية فصـدها هو عنه وأنها لم ترتكب خطا يبرر هجر زودها ، فإن حق الزوجة في هذه الأحوال لا يسـقط في تقاضـي النفقة المسـتحقة عملا بالمادتين المشار إليهما "(راجع الحكم منشورا في مجموعة النقض س٥ العدد الثالث سنة ١٩٥٤ ص٩٥٠ وما بعدها ومشـار إليه أيضـا في مؤلف الدكتور جابر جاد ص٣١٤ ، ٣١٥ والهوامش ، وراجع الأحكام المتعددة لمحكمة القاهرة الابتدائية دائرة الأحوال الشخصية للأجانب ، والمشار إليها في

مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السـادسـة ص٢٨٦ هامش ، وانظر مع ذلك في اعتبار نفقة الزوجية من الآثار المالية للزواج حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية دائرة الأحوال الشخصية للأجانب في ١٩٥٠/١/١٤ مجلة التشـريع والقضـاء س٢ ص١٤٩ وما بعدها وانظر في هذا المعنى أيضـا حكم محكمة القاهرة الابتدائية دائرة الأحوال الشـخصـية للأجانب الصـادر بتاريخ ١٩٥٢/١١/١٨ ومشار إليه في عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ص٢٨٧ ، وقد جاء في الحكم " أن المادة ١٣ فقرة أولى وهى تقضي بتطبيق قانون الزواج على الآثار التي يرتبها عقد هذه النفقة من الآثار المترتبة " ، وقد لاحظ الدكتور عز الدين عبد الله أن الحكم السـابق قد جانبه الصـواب فيما انتهى إليه من اعتبار نفقة الزوجة من الآثار المالية للزواج ، فقد بينا في أن المقصـود بالآثار المالية هو النظام المالي للزوجين ، والذي اعتبرته المادة ١٣ من قانون نظام القضـاء الملغي من بين مسائل الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ص٢١٢ ، وانظر في تأكيد هذا المعنى في فرنسا Batiffol في تعليقه على حكم محكمة باريس الصـادر في ١٩٥٨/٣/٦ Rev. crit. ١٩٥٩ ص١٠٨ وراجع مع ذلك في اعتبار نفقة الزوجية من الآثار المالية للزواج Wiederkchr (G.). Les Conflits de lois en matièr règime matrimonial رسالة الدكتوراه ، دالوز ١٩٦٧ فقرة رقم ٢٢٤ وما بعدها) .

- وعلى ذلك تعد من مسائل الأحوال الشخصية المنازعات المتعلقة بالنظام المالي ، فقد قضت محكمة النقض بأن " المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم فكل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق للزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها أو سقوطها يخضع لقواعد الإسناد الواردة بالمادة ١٣ من القانون المدني ، وما تثيره الزوجة من نزاع حول العقد الذي اختار بموجبه الزوجان نظام فصل الأموال من حيث وجود الرضا أو انعدامه وتقادم دعوى الإبطال أو عدم تقادمها لا يخرج المنازعة من نطاق النظام المالي الذي يخضع له الزوجان باعتبارها من صميم مسائل الأحوال الشخصية " (الطعن رقم ٢٩ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦) وبأنه " الاستناد إلى المادة ٢١٤ من القانون المدني السويسري لا يحول دون اعتبار حق الزوجة في الربح – في حالة اتخاذ أموال الزوجين – حقا شخصيا " (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦)
- القانون الواجب التطبيق على دعوى المسئولية في حالة الإخلال بالالتزامات المتبادلة بين الزوجين : ذهب رأى في الفقه إلى تطبيق القانون المحلي أى قانون محل وقوع الفعل الضار بوصفه القانون المختص بحكم المسئولية التقصيرية ، وذهب رأى ثاني على أن تطبيق قانون

جنسية الزوج وقت الزواج على دعوى التعويض يقتصر على الفروض التي يقع فيها الضرر لأحد الزوجين نتيجة لإخلال الزوج الآخر بالالتزامات التي فرضها نظام الزواج .

- حكم النفقة الوقتية : ذهب البعض إلى إدخال هذه النفقة في مضمون فكرة التطليق وإخضاعها بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (م٢/١٣ من القانون المدني) (أحمد مسلك ، النفقة الوقتية ، تكييفها والقانون الذي يحكمها ، مجلة التشريع والقضاء ص٩ ، ١٠) وذهبت محكمة الإسكندرية الابتدائية في حكمها الصادر في ١٨ مارس سنة ١٩٥٠ إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على النفقة الوقتية التي طالبت بها الزوجة أثناء دعوى التطليق ، وهى بذلك تشير إلى اعتبار هذه النفقة من آثار الزواج ، وذهب رأى ثالث إلى وجوب تطبيق قانون القاضي على أساس أن النفقة الوقتية تدخل فيما يسمى بتدابير الأمن المدني ، وهى الإجراءات التي يقصد بها المحافظة على السلام العام أو السكينة العامة في الدولة (محمد كمال فهمس ، مرجع سابق بند ٣٠٦) والرأى الراجح فقها وقضاء هو الأخير فيما انتهت إليه من تطبيق القانون المصري ، بوصفه قانون القاضي ، على النفقة الوقتية التي قد تطالب بها الزوجة أثناء رفع دعوى التطليق لسد حاجتها العاجلة (هشام صادق ، مرجع سابق ، محمد كمال فهمي ، مرجع سابق) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إن المادة ٣٠١ من القانون المدني الفرنسي التي تجيز الحكم لصالح الزوج الذي يحصل على الطلاق بنفقة لا تجاوز ثلث إيراد الزوج الآخر لا تنطبق إلا في حالة ما إذا قضى لأحد الزوجين بالطلاق لخطأ الطرف الآخر وكان قد طلب الحكم له بالنفقة على خصمه ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه لم يقضى بالطلاق بل قضى بالانفصال الجسماني لخطأ مشترك بين الزوجين وكانت الطاعنة لم تطلب النفقة استنادا إلى المادة ٣٠١ مدني فرنسي وإنما قضى الحكم الابتدائي لها ولأولادها بالنفقة استنادا إلى المادتين ٢٠٣ ، ٢١٢ من القانون المذكور لحاجتها إليها وهى وأولادها ولاستمرار بقاء الرابطة الزوجية التي لم تنفصم بالحكم الصادر بالفرقة البدنية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ عدل المبلغ المقضي به من محكمة أول درجة بما لا يزيد على ثلث إيراد المطعون عليه استنادا الى المادة ٣٠١ من القانون المدني الفرنسي يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (نقض ١٩٥٤/١/١٤ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٣) وبأنه " لما كان الزوج وفقا لنص المادتين ١٣٩١ ، ١٣٩٤ من القانون المدني اليوناني ملزما بالنفقة لزوجته إلا إذا كانت هى التي انسحبت من الحياة الزوجية المشتركة من غير مبرر معقول ، وكانت المحكمة قد أثبتت بالأدلة السائغة التي أوردتها أن الزوج هو الذي رفض استئناف الحياة الزوجية وأن الزوجة سعت الى منزل الزوجية فصدها هو عنه وأنها لم ترتكب خطأ يبرر هجر زوجها لها

، فإن حق الزوجة في هذه الأحوال لا يسقط في تقاضي النفقة المستحقة لها عملا بالمادتين المشار إليهما" (نقض ١٩٥٤/٦/١٠ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٣)

- الدوطة ليست ركناً من أركان الزوج ، وقد قضت محكمة النقض بأن " إن الدوطة ليست ركنا من أركان الزوج ولا شرطا من شروطه ، إذ الزواج يتم صحيحا بدونها ، وإذا تعهدت الزوجة أو أحد أهلها (بدوطة) للزوج فلا يترتب على الامتناع عن دفعها إليه فسخ الزواج بل يكون له فقط حق المطالبة بها على أساس أن التعهد بها يتولد عنه التزام مدني . فالنزاع المتعلق بالدوطة هو نزاع بعيد عن المساس بعقد الزواج ، وما هو متعلق بالزواج ، ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية " (نقض ١٩٤٣/٥/٢٧ ج١ في ٢٥ سنة ص١١٩) وبأنه " إذا كان القانون المدني المصري قد خلا من نصوص خاصة بالدوطة ففي وسع المحاكم المدني عملا بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، أن تتبع قواعد القانون العامة أو قواعد العدالة والقانون الطبيعي والعرف الجاري بين الناس" (نقض ١٩٤٣/٥/٢٧ ج١ في ٢٥ سنة ص١١٩) وبأنه " لا يلزم لسلامة الحكم أن تذكر المحكمة فيه القاعدة القانونية التي بنته عليها إذ العبرة في صحته هى بصدوره موافقا للقانون . فإذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برد مبلغ (الدوطة) على أن (الدوطة) تدفعها الزوجة للزوج ليستغلها في شئون الزوجية مادامت قائمة فإذا انقضت أصبحت واجبة الرد ، فإن حكمها يكون سليما قانونا ، إذ أن مبلغ الدوطة يكون في هذه الحالة مسلما على سبيل أنه عارية استعمال واجبة الرد عند حلول الظرف المتفق عليه طبقا للمادة٤٦٤ من القانون المدني " (نقض ١٩٤٣/٥/٢٧ ج١ في ٢٥ سنة ص١١٩) وبأنه " الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة (دوطة) بائنة ، تسلم الى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها في تحمل أعباء الحياة الزوجية هو اتفاق ذو طابع مالي ، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تنصرف إليه إرادة عاقديه والعرف الجاري بين أفراد الطائفة التي ينتسبون إليها ، فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام ، وإذن فمتى كان العرف بين أفراد الطائفة التي ينتسب إليها المتخاصمان على فرض جواز تطبيقه بلا قيد ، يقضي حسبما يبين من أوراق الطعن بعدم قبول دعوى الزوج بخصوص الدوطة بعد مضى أكثر من عشر سنوات من وقت انعقاد الزواج ، وكان المطعون عليه قد تسلم من الطاعنة المبلغ المطالب به بعد انعقاد الزواج بأكثر من عشر سنوات ، فإن اعتبار الحكم المبلغ المذكور مع ذلك من البائنة دون الاعتبار بدلالة الوصولات الصادرة من المطعون عليه وحقيقة ما اتجهت إليه إرادة الطرفين في هذا الخصوص ، هو قصور يعيبه ويستوجب نقضه ، كما يعيبه قصور آخر إذا أغفل الاعتبار بما جاء بعقدى شراء العقارين من أن الطاعنة كسبت بهما ملكية النصف فيهما خالية من أى قيد بأن انتقال الملكية في العقار وكذا إنشاء أى

حق عيني لا يكون إلا بالتسجيل ، ولما كان الحكم قد أطرح هذا الأصل استنادا الى أن ما تملكه الطاعنة في العقارين يعتبر جزءا من البائنة وأن للمطعون عليه حق حبس حصتها فيهما وحق الانتفاع بغلتهما مدى قيام الحياة الزوجية دون أن يعتد بدلالة العقدين المشار المقضي بها . لما كان ذلك ، وكان الحكم باطلا بطلانا يستوجب نقضه " (نقض ١٩٥٢/٦/١٢ ج١ في ٢٥ سنة ص١١٩) وبأنه " متى كانت محكمة الموضوع قد فصلت في الدعوى على مقتضى ما استظهرته من الوقائع التي طرحها الخصوم عليها بأن المبلغ المطلوب كان قرضا ولم يتمسك المدين بان (دوطة) فلم تر حاجة الى مناقشة ما ورد بصحيفة الاستئناف المرفوع من الدائن من أن سند المبلغ حرر بمناسبة الزواج أو أن المبلغ أعطى كهدية زواج وسلم سنده للزوج دون الزوجة ، إذ أن المحكمة غير ملزمة بتتبع أقوال الخصم والرد عليها استقلالا مادامت قد اطمأنت الى ما انتهى إليه قضاؤها وبررته بأسباب تستقيم معه " (نقض ١٩٥٥/١٢/٢٩ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٠)

- طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته ، وقد قضت محكمة النقض بأن " يبين من نصوص المواد ١٣ ، ٢٦ ، ٢٧ من القانون المدني أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمي وقت رفع الدعوى بالتطليق الى جنسية دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التي تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصري الذي يمتنع تطبيقه في هذه الحالة فإذا كان الثابت أن الزوج مالطى الأصل بريطاني الجنسية ولم يكن له موطن في مالطة أو في غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصري فإن القانون الواجب التطبيق في طلب التطليق يكون هو القانون الإنجليزي باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته " (نقض ١٩٦٠/١١/١٣ س١١ ص٥٨٣)
- العقود المالية بين الزوجين ، وقد قضت محكمة النقض بأن " الأصل بحسب أحكام القانون المدني الفرنسي أن تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك الذي المادة ١٣٩٩ وما بعدها ، وقد أجاز المشرع الفرنسي للزوجين اللذين يريدان الخروج على قواعد هذا النظام كلها أو بعضها أن يعلنا رغبتهما هذه في مشارطة يعقدانها ويبينان فيها النظام المالي الذي اختاره وهى غير وثيقة الزواج التي يتم بها الزواج ، ويوجب القانون تحرير تلك المشارطة أمام الموثق وقبل الزواج ، فإذا لم يستعمل الزوجان هذه الرخصة ولم يحررا مشارطة من هذا القبيل خضعت أموالهما حتما لنظام الاشتراك باعتباره أثرا من الآثار التي يرتبها القانون أصلا على الزواج ، ويمتنع عليهما في هذه الحالة أن يعدلا من القواعد التي وضعها القانون

لهذا النظام باتفاقات خاصة يعقدانها فيما بينهما بعد الزواج . لأن تلك القواعد تعتبر غير قابلة للتعبير بإرادة الزوجين مادامت الزوجية قائمة ، وتبعا لذلك لا يعتد بما يصــدر منهما بعد الزواج من اتفاقات أو إقرارات يكون القصــد منها إخراج أى عنصــر من عناصــر المال المشترك من نظام الاشتراك واعتباره مملوكا ملكية خاصة لأحدهما " (نقض ١٩٦٤/٣/١٩ س١٥ ص٣٧٢) وبأنه " الاستناد الى المادة ٢١٤ من القانون المدني السويسري لا يحول دون اعتبار حق الزوجة في الربح – في حالة اتحاد أموال الزوجين – حقا شخصيا " (نقض ١٩٦٣/٦/٢٦ س١٤ ص٩*١٣)

- آثار الزواج على أهلية الزوجة : يؤثر الزواج على أهلية المرأة في بعض التشريعات ، حيث يستلزم حصولها على إذن من زوجها قبل مباشرة التصرفات القانونية ، ويذهب الفقه الراجح الى أن نقض أهلية المرأة بسـبب الزواج يعتبر أثرا من آثار الزواج يخضـع لقانون جنسـية الزوج عند الزواج . (الدكتور / هشام صادق ، مرجع سابق)
- القانون الذي يحكم الآثار المالية للزواج : يعتبر النظام المالي للزوجين من مســائل الأحوال الشخصية وفقا للقانون المصري ومن ثم فإن المنازعات المتعلقة بهذه الآثار تخضع لقانون جنســية الزوج وقت الزواج وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٣ ما لم يكن أحد الزوجين مصريا فيسري القانون المصري عملا بالمادة ١٤ .

وقد قضــت محكمة النقض بأن " المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم فإن كل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق للزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصــة ببقائها أو ســقوطها يخضــع لقواعد الإسناد الواردة بالمادة ١٣ من القانون المدني ، وما تثيره الزوجة من نزاع حول العقد الذي اختار بموجبه الزوجان نظام فصل الأموال من حيث وجود الرضا أو انعدامه وتقادم دعوى الإبطال أو عدم تقادمها لا يخرج المنازعة عن نطاق النظام المالي الذي يخضــع له الزوجان باعتبارها من صميم مسائل الأحوال الشخصية " (نقض ١٩٦٣/٦/٢٦ س١٤ ص٩١٣)

وتقرر بعض القوانين الأجنبية رهنا قانونيا لمصــلحة الزوجة على أموال زودها ضــمانا لحقوقها قبله ، ويتعين عدم تطبيق القانون الأجنبي في خصــوص النظام المالي للزوجين على إطلاقه ، وإنما في الحدود التي يصــبح فيها الأجنبي في مركز متميز عن الوطن ولاســتقرار المعاملات ولحماية الغير ، فالرهن القانوني المتقدم ، هو تأمين عيني تبعي لم يعترف به القانون المصــري الذي أورد التأمينات العينية على ســبيل الحصــر وليس منها هذا التأمين ، ومن ثم لا يسـري على أموال كائنة في مصـر إلا إذا اتخذ أحد الأشـكال المقررة في القانون المصـري بأن يكون رسميا أو حيازيا ، والبائنة (الدوطة) هى عارية استعمال – وليست هبة كما يرى البعض –

ولذلك فلا تخضع لشكل خاص ، وتكون واجبة الرد عند انتهاء الحياة الزوجية ، فإن كانت عقارا فيكفي أن يحصل الزوج على توكيل بإرادته ليتمكن بذلك من استعماله دون حاجة الى تسجيله باسمه ، فإن سجل باسمه وجب أن يتضمن العقد المسجل شرطا صريحا يمنعه من التصرف فيه حتى ينفذ في حق الغير ولا يكفي للمنع أن ينص بالعقد على الدوطة ويخضع شرط المنع للمادتين ٨٢٣ ، ٨٢٤ من القانون المدني باعتبار أن القانون المصري هو الواجب التطبيق باعتباره قانون موقع المال ، وجاء بالمذكرة الإيضاحية أنه لا يجوز الحكم في مصر باعتبار البائنة مالا غير قابل للتصرف فيه وفقا للقانون الشخصي للزوج لأن هذه الناحية مسألة تتعلق بنظام الأموال ولا يرجع فيها إلا لقانون موقع المال ، وإذا أدى النظام المالي للزواج إلى إدماج أموال الزوجين فإن الملكية فيها لا تنتقل إلا وفقا للقانون المصري ، فيلزم التسجيل بالنسبة للعقار لقيام حالة الشيوع فيه خلافا للمنقول ، كما يجب الالتزام بهذه الأحكام عند تعديل النظام المالي ، بحيث إن لم تسجل التصرفات الواردة على العقار ، فلا يحتج بها قبل الغير . (المستشار / أنور طلبة ، مرجع سابق)

- الزواج الباطل وآثاره : ويتفق الفقه الراجح على خضوع بطلان الزواج للقانون الذل خولفت الشروط التي يتطلبها لانعقاد الزواج . فالقانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج هو الذي يبين أحكام البطلان المترتب على مخالفة هذه الشروط ، كما أن القانون المختص ببيان الشروط الموضوعية للزواج هو الذي يكشف عن طبيعة الجزاء المقرر عند تجاهل هذه الشروط ، وما إذا كان هذا التجاهل يرتب بطلان العقد من عدمه . (جابر جاد ص٣٣٥ ، هشام صادق ص٥٣٠) وتعددت الآراء حول تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج الباطل ، فيرى البعض إخضاعها للقانون الذى خولفت أحكامه ، بينما يخضعها البعض الآخر لقانون كل من الزوجين ، ويقول رأى بتطبيق القانون الذى يحكم الزواج الصحيح ، والراجح تطبيق القانون الشخصى للزوجين وهو قانون جنسيتهما فإن اختلفا جنسية ، كان قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو الواجب التطبيق ، لأن تقرير البطلان لا يتم بالإرادة المنفردة كالطلاق ، وإنما بحكم القاضى . وتنحصر الآثار فى ثبوت النسب ثبوتا شرعيا ويكون للأولاد الحق فى الميراث وهناك آثار تتعلق بالتوارث بين الزوجين وبالعدة والمصاهرة والمهر ، وتختلف من قانون لآخر، وهناك قوانين لا تعترف بالزواج الظنى كالقانون الإنجليزي . ولذلك فإن لقاعدة الإسناد التى تحدد القانون الواجب التطبيق فى حالة الزواج الظنى أهمية بالغة ، إذ قد تحدد قانونا يعترف بآثار الزواج الظنى أو قانونا لا يقر هذا الزواج ولا يعترف بآثاره . (أنور طلبة ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " تقرر آثار الزواج الصحيح للزواج الباطل منذ أن يعقد الى أن يقضي ببطلانه طبقا للمادة ١٢٨ من القانون المدني الإيطالي مشروط بأن يكون هذا الزواج

معقودا بحســـن نية " (نقض ١٩٥٦/١/١٩ س٧ ص١٠٩) و بأنه " مؤدى المادة ٢/٢٩ ، ٣ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة الملغاة ، والمادة ١/١٣ من القانون المدني – والزوجان يونانيا الجنسية – أن القانون اليوناني هو الواجب التطبيق على واقعة الدعوى " (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ق أحوال شخصية جلسة ١٩٧٢/٤/١٢) وبأنه " إذ كان الإجماع أخذا بروح الإنجيل وفكرة الجسد الواحد وعفة الزواج المسيحي على أن الوحدة في الزواج تعتبر من المبادئ التي تمسكت بها المسيحية من مستهل بزوغها ، وكان من خصائص الزوج المسيحي أنه علاقة فردية لا يمكن أن تنشأ إلا بين رجل واحد وامرأة واحدة فلا يجوز للرجل أن يتزوج بأكثر من امرأة واحدة في نفس الوقت ، ولا يجوز للمرأة أن تجمع أكثر من زوج في وقت واحد ، وكان حظر تعدد الزوجات وتعدد الأزواج على سواء يعد من المبادئ التي سادت المسيحية طوال العشرين قرنا الماضية ولم تكن إطلاقا موضع خلاف على الرغم من انقسام الكنيسة إلى شرقية وغربية وإلى أرثوذكسية وكاثوليكية وبروتستانتية ، حتى أصبحت شرعية الزوجة الواحدة لها سمة وعليها علما ، ما مؤداه أن هذا المبدأ – وإن لم يرق الى مرتبة النظام العام على ما سبق بيانه – يعتبر من القواعد الأصلية في المسيحية على اختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام والخليفة بالانصياع فيما بين المسيحيين ، بحيث أنه في نطاق التعدد المعاصر للزيجات – وبخلاف الزيجات المتعاقبة – يعتبر الزواج الثاني المعقود حال قيام الزوجية الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ويكون لهما ولكل ذي شأن حق الطعن فيه " (الطعنان رقما ١٦ ، ٢٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/١٧)

- الزوجان الباطل في القانون الإيطالي ، وقد قضت محكمة النقض بأن " تقرير آثار الزوج الصحيح للزواج الباطل منذ أن يعقد الى أن يقضي ببطلانه طبقا للمادة ١٢٨ من القانون المدني الإيطالي مشروط بأن يكون هذا الزواج معقودا بحسن نية " (نقض ١٩٥٩/١/١٩ طعن ٥ س٢٥ق) وبأنه " الزوج الباقي بعد وفاة شريكه في الزواج الباطل لا يعطي حصة ميراثية في حكم المادة ٥٨٤ من القانون المدني الإيطالي إلا بتوافر شرطى حسن النية وعدم ارتباط المورث حين الوفاة بزواج صحيح " (الطعن رقم ٥ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٩)
- الزواج الباطل في القانون اليوناني ، وقد قضت محكمة النقض بأن " أخذ الفقه والقضاء البيزنطي – بنظام الزواج الظني ، وهو يكون في حالة ما إذا كان الزوجان أو أحدهما حسن النية يعتقد بحصة انعقاد الزواج ، وهذا الزواج وإن كان باطلا إلا أنه ليس للبطلان فيه أثر رجعي ، بل يظل العقد صحيحا منتجا لكافة آثاره حتى يحكم بالبطلان ، ومن هذه الآثار حق الزوج حسن النية في أن يرث في تركة الزوج الآخر إذا ما حكم بالبطلان بعد الوفاة وذلك

حماية لحســن النية وتلبية للضــرورات الاجتماعية التي أملت هذا النظام " (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٤/١٢)

- القانون الذي يسري على الطلاق والتطليق والانفصال : والزواج ينقضي انقضاء كليا بالطلاق والتطليق ، أو ينقضي انقضاء جزئيا بالانفصال ، والطلاق هو الانقضاء الإرادي للزواج ، إذ ينهي أحد الزوجين الطلاق بإرادته المنفردة ، أما التطليق فهو انقضاء الزواج بحكم القضاء أما الانفصال ، وهو ما يطلق عليه الانفصال الجسماني فهو انقضاء جزئي للزواج ، وصورته التفريق في المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما المشتركة ، دون أن يترتب على ذلك انقضاء رابطة الزوجية ، والقانون الذي يحكم الطلاق هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، وعلى ذلك يرجع إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق لمعرفة ما إذا كان من حق أى من الزوجين أن يطلق من عدمه ، أما القانون الذي يسري على التطليق والانفصال ، فهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى ، وعلة التفرقة بين الطلاق من جانب والتطليق والانفصال الجسماني من جانب آخر ، فيما يتعلق بقاعدة الإسناد ، هى أن الأول يقع بالإرادة ، فجعل المشرع الوقت الذي تتحرك فيه الإرادة بطلبه هو الذي يتحدد بالنظر إليه القانون الذي يحكمه ، بينما لا يتحقق الثاني والثالث إلا بحكم القضاء ، فجعل المشرع وقت رفع الدعوى هو الذي يتحدد بالنظر إليه القانون الذي يحكمها ، وهاتان القاعدتان تنطبقان سواء أكان الزوجان من جنسية واحدة أم من جنسيتين مختلفتين وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال ، وسواء أكانت جنسية الزوج في هذا الوقت أو ذاك هى بعينها جنسيته وقت انعقاد الزواج أم لم تكن ، وقد قضى المشرع بهذا التحديد لهاتين القاعدتين على الجدل الذي يثيره الفقه حول ما إذا كان لجنسية الزوجة ، إذا ما اختلفت عن جنسية الزوج ، اعتبار في بيان القانون الواجب التطبيق ، أم لا ، وحول ما إذا كان لتغيير جنسية الزوج بعد الزواج أثر في بيان هذا القانون من عدمه . (عز الدين عبد الرحمن ص٢٩٩ وما بعدها، وانظر جابر عبد الرحمن ص٣٣٤ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " يبين من نصوص المواد ١٣ ، ٢٦ ، ٢٧ من القانون المدني أن طلب التطليق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمي وقت رفع الدعوى بالتطليق الى جنسية دولة أجنبية تتعدد منها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التي تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصري الذي يمتنع تطبيقه في هذه الحالة . فإذا كان الثابت أن الزوج مالطي الأصل بريطاني الجنسية ولم يكن له موطن في مالطة أو في غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصري فإن القانون الواجب التطبيق في طلب التطليق يكون هو القانون الإنجليزي باعتبار له قانون عاصمة الدولة

التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته " (الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١) وبأنه " عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص " (الطعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧) وبأنه " نص المادة ١٤ من القانون المدني نص آمر متعلق بالنظام العام يسري بأثر فوري" (الطعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧) وبأنه " لما كانت المحكمة قد استخلصت من أقوال الشهود في حدود سلطتها الموضوعية استخلاصا لا يخالف الثابت بالتحقيقات التي أجرتها محكمة أول درجة أن الطاعن في الفترة اللاحقة للصلح الأخير بينه وبين زوجته دأب على مناوأتها والإسراف في إهانتها ، ولم يرتدع عما كانت عليه قبل الصلح من إساءة معاملتها مما رأت معه المحكمة استحالة الإبقاء على الرابطة الزوجية التي استهان بها الطاعن فلم يقلع عن إدمانه في تعاطي الخمر وإعتدائه الجسيم المتكرر على زوجته، وكانت تلك الإهانات من مبررات التطليق حتى ولو كانت من نوع الإهانات السابقة على الصلح الحاصل بين الطرفين ، وكان تقدير خطورة تلك الوقائع الجديدة مما تستقل به محكمة الموضوع وكانت الأسباب التي استندت إليها – كما هو الحال في الدعوى – تؤدي الى النتيجة التي انتهت إليها – لما كان ذلك – فإن تعييب الحكم استنادا الى المادتين ٢٣٢ ، ٢٤٤ من القانون المدني الفرنسي يكون في غير محله " (الطعن رقم ٢ لسنة ٢٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٣/٦/٣٠) وبأنه " لما كان الزوج وفقا لنص المادتين ١٣٩١ ، ١٣٩٤ من القانون المدني اليوناني ملزما بالنفقة لزوجته إلا إذا كانت هى التي انسحبت من الحياة الزوجية المشتركة من غير مبرر معقول ، وكانت المحكمة قد أثبتت بالأدلة السائغة التي أوردتها أن الزوج هو الذي رفض استئناف الحياة الزوجية وأن الزوجة سعت الى منزل الزوجية فصدها هو عنه وأنها لم ترتكب خطأ يبرر هجر زوجها لها فإن حق الزوجة في هذه الأحوال لا يسقط في تقاضي النفقة المستحقة لها عملا بالمادتين المشار إليهما " (الطعن رقم ٩ لسنة ٢٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/٦/١٠) وبأنه للزوج الإسرائيلي أن يطلق زوجته إذا ظهر له أنها ليست بكرا وأن يرد لها حقوقها المالية المنصوص عليها في العقد بعد خصم المهر طبقا لما نصت عليه المادة ١٥٢ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين " (الطعن رقم ٣ لسنة ٢٦ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧) وبأنه " تقدير ما بعد إهانة جسيمة تبرر طلب التطليق وفقا بنص المادة ٢٣٢ من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر الصادر في ١٢ من أبريل سنة ١٩٤٥ هو على ما جرى به قضاء محكمة النقض الفرنسية من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير رقابة عليها من محكمة النقض " (نقض ١٩٥٤/٦/١٧ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٢) وبأنه " خطأ الزوج لا يعتبر وفقا لأحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق سببا لعدم قبول دعواه بطلب التطليق للإهانة الجسيمة التي لحقته بسبب

خطأ زودته وإنما يعتبر من المسائل الموضوعية البحتة التي تعين على المحكمة أن تقديم لها وزنا في تقدير جسامة ما لحق الزوج طالب التطليق من إهانة للأخطاء المنسوبة الى الزوجة المدعى عليها حتى إذا انتهت من هذا التقدير برأى رتبت على نتيجته آثاره القانونية بالنسبة الى طلب حضانة الأولاد والنفقة إن كانت مطلوبة ومصروفات دعوى التطليق " (نقض ١٩٥٤/٦/١٧ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٢) وبأنه " لما كانت المحكمة قد استخلصت من أقوال الشهود في حدود سلطتها الموضوعية استخلاصا لا يخالف الثابت بالتحقيقات التي أجرتها محكمة أول درجة أن الطاعن في الفترة اللاحقة للصلح الأخير بينه وبين زوجته دأب على مناوأته والإسراف في إهانتها ، ولم يرتدع عما كان عليه قبل الصلح من إساءة معاملتها مما رأت معه المحكمة استحالة الإبقاء على الرابطة الزوجية التي استهان بها الطاعن فلم يقلع عن إدمانه على تعاطي الخمر واعتدائه الجسيم المتكرر على زوجته ، وكانت تلك الإهانات من مبررا التطليق حتى ولو كانت من نوع الإهانات السابقة على الصلح الحاصل بين الطرفين ، وكان تقدير خطورة تلك الوقائع الجديدة مما تستقل به محكمة الموضوع ، وكانت الأسباب التي استندت إليها – كما هو الحال في الدعوى تؤدي الى النتيجة التي انتهت إليها – لما كان ذلك – فإن تعييب الحكم استنادا الى المادتين ٢٣٢ ، ٢٤٤ من القانون المدني الفرنسي يكون في غير محله " (نقض ١٩٥٣/٦/٣٠ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٢) وبأنه " لما كانت المادة ١٤٤٢ من القانون المدني اليوناني تشترط لتوافر حالة تصدع الحياة الزوجية التي تبرر طلب الطلاق أن يكون التصدع ناشئا عن خطأ الزوج المدعى عليه ، وأن يكون هذا الخطأ قد أدى الى تصدع الحياة الزوجية بشكل جسدي ، وأن يصبح استمرارها فوق ما يطيقه طالب الطلاق وكانت المادة ١٤٤٨ من هذا القانون قد نصت على سقوط حق الزوج طالب الطلاق بمضى سنة من تاريخ علمه بسبب الطرق أو بمضى عشر سنوات من تاريخ قيام هذا السبب في كل الأحوال ، وكانت المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية قد نفت وقوع التصدع القوي الذي يبيح للزوج طلب التطليق وأنه على فرض حدوث هذا التصدع فلم تكن الزوجة هى المتسببة فيه ، وأن ما نسبه الزوج إليها لا يعدو أن يكون من الإهانات التي تقع بين الزوجين ولا تكون سببا لتصدع الحياة الزوجية وأن المآخذ التي عزاها إليها لم تحل دون استمرار الحياة الزوجية من تاريخ زواجهما الى أن حدثت بينهما مشادة يقع الخطأ فيها على عاتق الزوج ، لما كان ذلك ، فإن المحكمة تكون قد استعملت سلطتها الموضوعية في تقدير واقعة الدعوى ولم ينطو هذا التقدير الموضوعي على خطأ في فهم معنى تصدع الحياة الزوجية المبرر لطلب الطلاق " (نقض ١٩٥٤/٦/١٠ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٢) وبأنه " متى كانت المحكمة قد تبينت أن الأفعال التي نسبها المدعى اليوناني الجنسية في دعوى طلاق رفعها على زوجته قد وقعت كلها قبل تاريخ الصلح معها ، وأنه وفقا للمادة ١٤٧٤ من القانون المدني اليوناني لا يجوز طلب الطلاق لأسباب كان قد تم الصلح عنها ، فإن الحكم لا

يكون قد أخطأ في تطبيق القانون الواجب تطبيقه على واقعة الدعوى " (نقض ١٩٥٤/٢/٢٥ س١ في ٢٥ سنة ص١٢٣) وبأنه " متى كان الحكم لم يصدر بالتطليق لمصلحة الزوجة وبناء على خطأ الزوج وحده وإنما صدر لخطأ الزوجين معا طبقا للقانون المدني الفرنسي كما قضى بكفالة الزوج لابنه فإنه لا مصلحة للزوجة في التمسك بالقاعدة العامة الواردة في صدر المادة ٣٠٢ من ذلك القانون والتي تقضي بأن تكون كفالة الأولاد حقا للزوج الذي حكم له بالطلاق بمقولة أنه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقا لهذا النص "(نقض ١٩٥٨/٣/٢٧ س٩ ص٢٥٩) وبأنه " عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص " (نقض ١٩٦٠/١١/١٧ س١١ ص٥٨٣)

- مدى تطبيق الشريعة الإسلامية لغير المسلمين ، وقد قضت محكمة النقض بأن " المستقر في قضاء هذه المحكمة أن الشريعة الإسلامية هى شريعة القانون العام وبمعنى أنها تختص أصلا بحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم وأن الشرائع الأخرى تختص بصفة استثنائية وعند توافر شروط معينة بحكم هذه العلاقات ، ومفاد المادتين ٦ ، ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية والمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة هى الواجبة التطبيق في منازعات الأحوال الشخصية التي تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفة أو ملة ، والمقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أن تكون أحكامها الموضوعية التي يخضع لها المسلم – دون أحكام الشريعة الخاصة – هى الواجبة التطبيق ، لأنه من غير المقصود أن يكون تطبيق الشريعة العامة يقصد به تطبيق قواعد الإسناد التي تقضي بترك غير المسلمين وما يدينون في تنظيم أحوالهم قواعد الإسناد التي تقضي بترك غير المسلمين منذ البداية لغوا ينبغي أن ينزه عنه المشرع ، إلا أنه لا محل لإعمال هذه القواعد الموضوعية في الشريعة العامة والتي يمتنع بمقتضاها الزوج المسيحي بنفس حقوق الزوج المسلم إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية والتي تعد مخالفة المسيحي لها مروقا في ديانته وانحرافا عن عقيدته وخرقا لمسيحيته ، طالما لا تنطوي مبادئ الشريعة الخاصة على ما يجافي وقواعد النظام العام في مصر ومن قبيل هذه المبادئ التي لا تتعارض وقواعد النظام العام وتعتبر من الأصول الأساسية في الديانة المسيحية مبدأ حظر تعدد الزوجات إذ لا يجوز إعمال ما يناقضه من الأحكام الموضوعية في الشريعة العامة . لما كان ما تقدم ، وكان ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من أنه " يكفل احترام ولاية القانون الواجب

التطبيق حتى لا يكون هناك إخلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين في تطبيق شريعة كل منهم " ، دليل غير داحض على أن المشرع إنما قصد احترام كافة الشرائع عامة وخاصة وأن الإخلال بالقواعد الأساسية المتعلقة بصميم العقدية وبجوهر الديانة ، لم يدر بخلده وفيه مجاوزة لمراده ، يؤيده هذا النظر أن الشارع التي تستلزم الدينونة بالطلاق لسماع الدعوى به من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر ، عانيا بذلك طائفة الكاثوليك التي تدين بعدم قابلية العلاقة الزوجية للانحلال ، احتراما لمبدأ أصيل متعلق بجوهر العقيدة الكاثوليكية بطوائفها المختلفة أخذا بتخصيص لقضاء ودفعا للحرج والمشقة ، يظاهر هذا القول أن إباحة تعدد الزوجات ف الشريعة الإسلامية مقيد بعدم مجاوزة الزواج من أربع ومشروط بالعدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق ، ولئن لم يكن هذان الشرطان من شروط الصحة فينعقد الزواج صحيحا رغم تخلفهما ، إلا أن الشخص يكون آثما يحاسبه الله سبحانه على الجور وعلى عدم القيام بتكاليف الزواج ، فإن الخطاب في هذا الشأن – كما هو ظاهر – موجه إلى المسلمين دون غيرهم ، ويغلب فيه الجزاء الديني بحيث يستعصى القول بانسحاب هذه القاعدة الدينية البحتة على من لا يدين أصلا بالعقيدة التي تستند إليها إباحة التعدد ، ويكون إجازة تعد الزوجات المتعاصرة للمسيحي حتى عند اختلاف الملة أو الطائفة بغير سند ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجعل عمدته في قضائه أعمال الأحكام الموضوعية للشريعة العامة في غير حالات انطباقها وأباح تعدد الزوجات للمسيحي رغم تنافره مع أصل أساسي من أصول عقيدته فإنه يكون مخالفا للقانون " (نقض ١٩٧٩/١/١٧ س٣٠ ص٢٧٦) وبأنه " للزوج المسيحي أسوة بالزوج المسلم الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، إذا كانت الشريعة الإسلامية تحكم العلاقة بين الزوجين تبعا لعدم توافر شروط انطباق الشرائع الطائفية رغم أن قواعد الشرائع المطبقة حاليا لا تعرف الطلاق بمشيئة الزوجين أو أحدهما ، اعتبارا بأنه لا يجوز أن يترك للإرادة حل عقدة الزواج ولما فيه من تحكيم أهواء النفس البشرية فيما لا يجوز فيه سيطرة الهوى النفسي والضعف الإنساني ، لأن الثابت أن الشريعتين اللتين كانتا سائدتين عند ظهور الديانة المسيحية – وهما الشريعة اليهودية والقانون الروماني – كانتا تبيحان تراضي الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية وتقران حق الزوج في الطلاق بمحض إرادته ، وظلت مبادئ هاتين الشريعتين في هذه المسألة هى السارية مع انتشار المسيحية يساندها استعمال الكتاب المقدس للفظ الطلاق لا التطليق في إنجيل متى وتحدثه عن حل وثاق الزوجية حال الزنا ، ولم تتم الغلبة لحظر الطلاق بالإرادة المنفردة إلا بعد تسعة قرون في مجمع القطسنطينية المنعقد سنة ٩٢٠ ميلادية حين بدأت الكنيسة تزاول إجراءات اختصاصا قضائيا بتصريح ضمني من الأباطرة رغم

عدم وجود قانون يقضـي بذلك ، فهو أقرب الى تنظيم الطلاق وتقييده منه الى إلغائه ومنعه – وإذ كانت مختلف الشـرائع المسـيحية الطائفية – فيما عدا شـريعة واحدة لها وضـع خاص – تبيح التطليق على تفاوت في أسـبابه بين توسـعة وتضـييق ، وكانت مسـألة تطبيق الشـريعة العامة لا تثور إلا عند اختلاف الزوجين طائفة أو ملة فإن اللجوء الى الأحكام الموضـوعية للشـريعة الإسـلامية بإباحة التطليق بالإرادة المنفردة يبدو لازما تبعا لعدم إتاحة مجال الخبرة بين الأحكام الموضوعية لأى من الشرائع الطائفية ، وهى ذات العلة التي كانت تواجه القضاء الملي قبل إلغائه ، فكان يرفض الفصـل في النزاع بين مخلفي الملة لعدم وجود قاعدة موحدة لغير المسـلمين . هذا بالإضـافة الى أنه طالما ترفع الدعوى بطلب إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة ويعرض النزاع على القضاء ليقول قالته في الشريعة التي تحكمه ، فإن ثبت له توافر شـرائط انطباق الشـريعة الطائفية لم يقع الطلاق صـحيحا ، وأن اسـتبان تخلف الشـروط وخضوع المنازعة لأحكام الشريعة الإسلامية أقر وقوع الطلاق ، فإن هناك توافقا في النتيجة رغم تغاير الوسـيلة ، ومن ثم فلا يمكن قياس هذه المسـألة على حالة تعدد الزوجات " (نقض ١٩٧٩/١/١٧ س٣٠ ص٢٧٦)

- وإذا كان الزوج مصرياً وجب تطبيق القانون المصري على دعوى التطليق والانفصال، وقد قضـت محكمة النقض بأن " النص في المادة ١٣ من القانون المدني على أن " يرسـي قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة الى المال . أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسـري على التطليق والانفصـال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى " ، وفي المادة ١٤ على أنه " في الأحوال المنصـوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون المصري وحده ، فيما عدا شروط الأهلية للزواج " مفاده أنه متى كان الزوج مصري وقت رفع الدعوى خضع التطليق والانفصال للقانون المصري ، وكان من المقرر أن نص المادة ١٤ المشار إليها نص آمر متعلق بالنظام العام ، وكان عقد الزواج لا يكسـب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصـوص ، وكان البين من الأوراق أن الطاعنة والمطعون ضـده من المصـريين ويتمتعان بالجنسية المصرية رغم حصولهما على الجنسية الأمريكية فإنه يتعين تطبيق أحكام القانون المصري على وقائع النزاع ولو عرض الأمر على محكمة أجنبية بحكم الاختصاص الدولي للمحاكم وإذا ما صدر حكم يخالف ذلك فإنه يمتنع على القاضي المصري الأمر بتنفيذه لما هو مقرر في قضـاء هذه المحكمة أنه لا سـبيل لإهدار الأحكام بدعوى بطلان أصـلية

لمساس ذلك بحجيتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية ، وأنه ولئن كان قانون الدولة التي يراد التمسك فيها بالحكم هو القانون الواجب التطبيق لتحديد ماهية الحكم وبيان ما يعتبر حكما يصدر الأمر بتنفيذه إلا أنه بالنسبة لبنيان الحكم في مفهوم أحكام القانون الدولي الخاص فإن قانون القاضي الذي أصدره يكون هو وحده الذي يحدد بنيانه مما يجعله مستوفيا الشكل الصحيح ، وإن خالف هذا البنيان ما هو متواضع عليه في مصر وإذ كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الحكم الصادر من محكمة كاليفورنيا العليا بمقاطعة لوس أنجلوس الأمريكية في الدعوى رقم ١٧٢ – ٨٠٨ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٩ – هو حكم أجنبي فإن قانون القاضي الذي أصدره يكون وحده الذي يحدد بنيانه حتى ولو خالف هذا البنيان ما هو متعارف عليه في مصر وذلك أخذا بمفهوم أحكام القانون الدولي ولا سبيل لإهداره بدعوى بطلانه طالما أنه صدر من جهة ذات ولاية بإصداره بحسب قانونها وبحسب قواعد القانون الدولي الخاص ذلك لأنه ليس له أثر إيجابي إلا إذا منح الصيغة التنفيذية وفقا للأوضاع والشروط التي حددها المشرع في المواد ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ من قانون المرافعات فإن تخلفت تلك الشروط التي حددها المشرع لتنفيذ الحكم الأجنبي أو الأمر الأجنبي فإن ولاية القاضي المصري تقتصر على رفض تذييل الحكم أو الأمر الأجنبي بالصيغة التنفيذية ولا يمتد عمل القاضي الى الحكم بالبطلان إذ القول بغير ذلك مؤداه القاضي المصري على أحكام المحاكم الأجنبية وهو ما لا يجوز " (الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦١ق ، ١٠٦ لسنة ٦٢ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٣/٥/٢٥)

- الآثار المترتبة على انقضاء الزواج : تخضع لقانون جنسية الزوج ، جميع الآثار المترتبة على انقضاء الزواج ، أى آثار الطلاق والتطليق ، كما تخضع لهذا القانون أيضا الآثار المترتبة على الانفصال الجسماني ، ويدخل في مضمون الفكرة المسندة جميع الآثار المترتبة على الطلاق أو التطليق أو الانفصال بالنسبة للعلاقات الشخصية بين المطلق والمطلقة أو بين الزوجين المنفصلين . (شمس الدين الوكيل ص١٢٦) وعلى ذلك تعد من هذه الآثار نفقة الزوجة المطلقة فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق ، أو قانون جنسيته وقت رفع الدعوى بالنسبة للتطليق (منصور مصطفي منصور ص٢٢٨) كما يعد من آثار انقضاء الزواج بالمثل مدى حق الزوجة في الاحتفاظ باسم الزوج بعد انتهاء الزوجية والمقرر بمقتضى بعض التشريعات (منصور مصطفي منصور ص٢٢٨ ، شمس الدين الوكيل ص١٢٦ ، وانظر محمد كمال فهمي ص٣٨٤) أما الالتزام بالتعويض الذي يلتزم به الزوج الذي نسب إليه الخطأ في مواجهة الطرف الآخر ، فقد ذهب البعض الى إخضاعه للقانون المحلي بوصفه القانون الواجب التطبيق في شأن المسئولية التقصيرية (هشام صادق ، مرجع

سـابق) وذهب رأى الى أن مسـئولية الزوج الذي نسـب إليه الخطأ والتزامه بالتعويض في مواجهة الطرف الآخر ، هى مسألة تدخل في مضمون فكرة التطليق وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكمها ، أى قانون جذسية الزوج وقت رفع الدعوى ، وأساس ذلك أن مسئولية الزوج المخطئ عن انحلال الزواج هى أقرب الى فكرة انقضـاء الرابطة الزوجية منها الى فكرة المسئولية التقصيرية (منصور مصطفي منصور ، مرجع سابق) ويدخل في مضمون فكرة آثار الانفصـال النفقة بين الزوجين المنفصـلين ، وتعيين محل الإقامة اللازم للزوجة ، ومدة الانفصال وكيفية تحوله الى تطليق (شمس الدين الوكيل ص١٢٦) أما الآثار المالية لانقضاء الزواج ، وبمعنى أدق أثر التطليق بصفة خاصة على النظام المالي للزوجين ، فهو يخرج عن مضـمون الفكرة المسـندة ، بوصـفه أثرا من الآثار المالية للزواج ، ويخضـع لقانون جنسـية الزوج وقت انعقاد الزواج (شـمس الدين الوكيل ص١٢٧) كذلك يخرج عن مضـمون فكرة آثارا انقضـاء الزواج مدى حق الزوج في أن يعقد زواجا جديدا ، أو المدة التي يتعين على الزوجة انتظارها لتتزوج من جديد ، فهذه آثار تخص كل زوج على حدة ويرجع في شـأنه بالتالي الى قانون جنسيته (هشام صادق مرجع سابق ، شمس الدين الوكيل مرجع سابق)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " متى كانت الخصـومة بين الزوجين الإسـرائيليين تقوم على تصفية المعونة المالية التي لكل منهما قبل الآخر نتيجة لانفصال عرى الزوجية بينهما فإن المهر والمطالبة برده أو خصمه هو مما تتناوله هذه الحقوق وهو يندرج في عموم دفع الزوج للدعوى .. فإذا كان الحكم قد قضـى بخصـم المهر مما قضـى به للزوجة فإنه لا محل للاعتداد بما تقول به الزوجة من أن الزوج لم يطالب برده وأن القضاء به قضاء في أمر لم يكن مطروحا في الخصومة " (الطعن رقم ٣ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧)

- قواعد الإثبات الموضوعية في التطليق والانفصال ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان يبين من الحكم أنه أقام قضـاءه بتطليق الطاعنة من المطعون عليه على ما ورد في مذكرات الطاعنة وخطاباتها رغم ما أثبته من أنها طلبت رفض الدعوى ودفعت بعدم قبول الخطابات والمذكرات كدليل إثبات فيها لحصول الزوج عليها من طريق غير مشروع وهو السرقة بأن كسر في غيبتها الدرج المخصص لها ، وكان الحكم إذ أطرح هذا الدفع قد قرر بأنه مهما يكن من أمر تلك الرسـائل والمفكرات والطريقة التي قبل إن المدعى (المطعون علي) حصـل بها عليها فإنها كدليل إثبات لها قيمتها في مثل هذا النزاع ، وكان هذا الذي قاله الحكم يخالف ما اسـتقر عليه الفقه والقضـاء في فرنسـا من أن الخطابات الخاصـة المتبادلة بين الزوج والغير وإن كانت بحسب الأصل لا يجوز التمسك بها إلا بإذن المرسل إليه فإنه في دعوى الزنا أو دعوى الطلاق أو التفريق يجوز اسـتثناء للمدعى من الزوجين أن يتمسـك بها في الإثبات

بشرط أن يكون قد حصل عليها بطريق مشروع ، ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها ، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أيا كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج عليها مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة هو تقرير غير صحيح انبنى عليه القضاء في الدعوى ، وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها كدليل في الإثبات أم غير مشروعة فلا تقبلها ثم تؤسس حكمها على ما يظهر لها من نتيجة هذا الفحص . لما كان ذلك ، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه " (نقض ١٩٥٣/١/٨ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٢)

- إجراءات انقضاء الزواج : إجراءات انقضاء الزواج مثل إجراءات التطليق أو الانفصال فبعض القوانين تستلزم إجراء التطليق مثلا لدى سلطات دينية معينة ، وهو ما يسمى بالتطليق الديني . كما تتطلب بعض الدول الأخرى لإمكان التطليق الحصول على إذن من السلطة التشريعية ، وهو ما يطلق عليه التطليق التشريعي ، ولا شك أن اعتبار شرط تدخل السلطات الدينية أو التشريعية لإيقاع التطليق شرطا إجرائيا في شأنه لقانون القاضي ، أو اعتباره على العكس شرطا موضوعيا يخضع لقانون جنسية الزوج ، هى مسألة تكييف يرجع في شأنها بالضرورة لقانون القاضي .، وذهب الفقه المصري الى شرط تدخل السلطات الدينية أو التشريعية لإيقاع التطليق هو مسألة إجراءات تخضع للقانون المصري وفقا لنص المادة ٢٢ من القانون المدني ، ومؤدى هذا النظر أنه يحق للقضاء أن يحكم بالتطليق مادام أنه قد توافرت الشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوج ، حتى لو كان هذا القانون يستلزم إيقاع التطليق بواسطة سلطات معينة – دينية أو تشريعية – دون غيرها (هشام صادق ، مرجع سابق) وقد أكد القضاء المصري هذا النظر مقررا أن إجراءات التطليق والانفصال خاضعة للقانون المصري وحده ، إذ هو قانون البلد الذي أقيمت فيه الدعوى وبوشرت فيه الإجراءات . (نقض ٣٠ يونيو ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام النقض س٤ العدد الثالث أبريل ويونيو ١٩٥٣ ص١٢٦٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كانت المواد ٨٢٧ وما بعدها قبل تعديلها بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع الى قانون المرافعات المدنية والتجارية المعمول به ابتداء من ١٥ سبتمبر سنة ١٩٥١ بينت كيفية رفع دعوى التفريق الجسماني والطلاق بأن يكون ذلك بالطرق المعتادة بالمحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها محل توطن الزوج ، وأنه إذا كان قانون بلد الزوج يقضي بأن يسبق رفع دعوى الطلاق سعى في الصلح وجب القيام بذلك أمام رئيس

المحكمة الابتدائية ، ولم يوجب القانون غير ذلك من الإجراءات المشار إليها في سبب الطعن ، وكان الحكم قد أثبت أن محاولة الصلح قد قام بها رئيس محكمة الأحوال الشخصية كمقتضى القانون . لما كان ذلك ، كان غير منتج بحث ما ينعاه الطاعن على الإجراءات السابقة على رفع الدعوى استنادا الى المواد ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ من القانون المدني الفرنسي " (نقض ١٩٥٣/٦/٣٠ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢٣ الطعن ٢ لسنة ٢٣ق) وبأنه " ليس للزوجة قانونا التحدي بحق مكتسب في أن تطلب التطليق وفقا لأحكام القانون الذي أبرم عقد الزواج تحت سلطانه ذلك لأن عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين ، فيما يختص بالطلاق والتطليق ، حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص وقد أيد المشرع المصري هذا النظر فيما بينته من قواعد لتنازع القوانين وذلك بما قرره في المادة ١٣ من القانون المدني " (الطعن رقم ١ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٤/٥/٢٢) وبأنه " الموطن في إنجلترا هو الذي يبين الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية فالبريطاني المتوطن في بلد أجنبي وإن كان يتمتع بالجنسية البريطانية إلا أنه خاضع في أحواله الشخصية الى اختصاص البلد الذي توطن فيه " (الطعن رقم ٤ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦) وبأنه " يبين من نصوص المواد ١٣ ، ٢٦ ، ٢٧ من القانون المدني أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمي وقت رفع الدعوى بالتطليق الى جنسية دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع يتعين أن تكون الشريعة التي تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصري الذي يمتنع تطبيقه في هذه الحالة .. فإذا كان الثابت أن الزوج مالطي الأصل بريطاني الجنسية ولم يكن له موطن في مالطة أو في غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصري فإن القانون الواجب التطبيق في طلب التطليق يكون هو القانون الإنجليزي باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته " (الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٨/٥/١)

وقضت محكمة النقض بالنسبة للانفصال الجسماني بأن " إن المادة ٢٣٩ من القانون المدني الفرنسي إذ نصت على أن " للمدعى في كافة مراحل الدعوى أن يحول الطلب المقدم منه للطلاق إلى طلب فرقة بينه وبين زوجه " ، فقد دلت بذلك على أنه لا يجوز الجمع بين الطلبين ، ولو كان طلب الفرقة البدنية مقدما على سبيل الاحتياط ، ومن ثم فإنه لا يسوغ للمحكمة أن تقضي بالانفصال الجسماني استنادا إلى هذا الطلب الاحتياطي وإلا كان قضاؤها مخالفا لصريح نص المادة المذكورة " (نقض ١٩٥٤/١/١٤ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢١) وبأنه " متى كان الحكم إذ قضى بالانفصال الجسماني بين زوجين فرنسيين لا يبين منه أن ما قضى به كان من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب الزوج الاحتياطي أو بناء على طلب

أصلي للزوج بعد أن نزل عن طلب الطلاق مع اختلاف الحكم في كل من هذه الأحوال في القانون الفرنسي ، فإن هذا الحكم يكون قد شابه البطلان كما خالف المادة ٣٤٩ مرافعات التي توجب أن يبين في الحكم نص ما قدم الخصوم من طلبات أو دفاع أو دفوع وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية " (نقض ١٩٥٤/١/١٤ ج١ في ٢٥ سنة ص١٢١)

- مدى حجية الأحكام الأجنبية ، فقد قضت محكمة النقض بأن " للمحكمة المرفوعة إليها الدعوى متى كانت مختصة بنظرها أن تقدر دليل هذه الدعوى ولو كان هذا الدليل حكما صادرا من محكمة أخرى . فإذا ما تبين لها أن هذا الحكم قد صدر في حدود ولاية المحكمة التي أصدرته أثبتت له حجيته وأخذت به ، وهى بذلك لا تعدو ولايتها ولا تقضي في موضوع هذا الحكم ، وإذن فمتى رفعت دعوى بطلب أحقية في استعمال اسم إلى محكمة مختصة واستندت في قضائها برفض هذه الدعوى إلى حجية أحكام صادرة من محاكم لبنان فيما قضت به من نفى بنوة الطالب لمن يطلب استعمال اسمه فإن الحكم يكون مستندا إلى أساس قانوني متى كانت الأحكام المذكورة صادرة من جهة ذات ولاية ، ولا يعيب الحكم ما ذكره من أن النزاع في موضوعه ومبتغاة مطالبة بالحصة الميراثية في تركة المطلوب استعمال اسمه باعتبار الطالب ابنا له متى كان لا يقصد بذلك بحسب المستفاد من مجموع ما أورده الحكم إلا أن يكون بيانا لحقيقة الباعث على إقامة الدعوى " (نقض ١٩٥٦/١/١٢ س٧ ص٧٤) وبأنه " متى كان الحكم الأجنبي صادرا بشأن حالة الأشخاص بصفة نهائية ومن جهة ذات ولاية بإصداره بحسب قانونها وبحسب قواعد اختصاص القانون الدولي الخاص ، وليس فيه ما يخالف النظام العام في مصر فإنه يجوز الأخذ به أمام المحاكم المصرية ولو لم يكن قد أعطى الصيغة التنفيذية في مصر ولو كان شرط التبادل غير متوافر ، مادام أنه لم يصدر حكم من المحاكم المصرية واجب التنفيذ في نفس الموضوع وبين الخصوم أنفسهم ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى الأخذ بحجية أحكام صادرة من محاكم لبنان فيما قضت به من نفى بنوة شخص الآخر لبناني قد أثبتت استكمال هذه الأحكام للشرائط المتقدمة فإن الحكم لا يكون قد أخطأ القانون " (نقض ١٩٥٦/١/١٢ س٧ ص٧٤)
- تطبيق القانون المصري في شأن الإجراءات التحفظية أو الوقتية أثناء نظر دعوى التطليق أو الانفصال : القانون المصري هو الذي يتعين تطبيقه في شأن الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء نظر دعوى التطليق أو الانفصال باعتبارها ، وفقا لما انتهى الفقه الغالب ، من مسائل الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي ، وعلى ذلك يتعين على القاضي أن يرجع إلى هذا القانون لاتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد وبوجه خاص الإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو تعينه

المحكمة من تلقاء نفسها والأمر بتسليم الزوجة الأشياء اللازمة للاستعمال اليومي وتقدير نفقة وقتية . (منصور مصطفي منصور ص٢٢٨ ، هشام صادق مرجع سابق)

- لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي في شأن انقضاء الزواج إذا كان مخالفاً للنظام العام : تمتع المسلم بالحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية هو أمر يتعلق بالنظام العام (شمس الدين الوكيل ، عز الدين عبد الله ص٣٠٤) وقد استقر القضاء المصري على هذا المعنى فقرر أن اعتناق الزوج الأجنبي الإسلام يبرر حقه في طلاق زوجته ، كما وأن إسلام الزوجة الأجنبية يخول لها رفع دعوى التطليق على زوجها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية .
- لا يجوز تطبيق نظرية الغش في مجال انقضاء الزواج : اعتناق أحد الزوجين للإسلام بغرض التوصل إلى الطلاق يمكن أن يعج تطبيقا من تطبيقات نظرية الغش نحو القانون إلا أن القضاء المصري يرفض وبحق إعمال نظرية الغش في هذا المجال بدعوى أن الاعتقاد الديني مسألة نفسية بحتة لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الرسمية ، وأن القول بغير ذلك يعتبر تدخلا في عقائد الناس وبحثا وراء أمر يستحيل التثبيت منه ولا يمكن الفصل فيه لتعلقه بذيانهم المستترة .. ولأن العبرة بالظاهر تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذ عرف عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه كان يقبل ظاهر الإسلام ، وعلى ذلك إذا أسلم أحد الزوجين بغية التطليق أو الانفصال فطلاقه يقع صحيحا ، ومع ذلك فقد حكمت محكمة الإسكندرية في ٩ أبريل ١٩٥١ بأن اعتناق الزوج الإيطالي للإسلام لا يجيز له طلاق زوجنه بإرادته المنفردة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، على أساس أن قواعد الإسناد الخاصة بالطلاق والتطليق والانفصال مبنية على الجنسية وحدها دون اعتبار الدين ، وقد أيد الأستاذ Quadri وجهة نظر المحكمة (راجع تعليقه على الحكم في المجلة المصرية للقانون الدولي مجلد رقم ٧ لسنة ١٩٥١ ص١٩٤) ومن جهة أخرى فقد حكمت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٠ يناير ١٩٤٦ باستحقاق الزوجة المسيحية للنفقة المستحقة لها بعد الطلاق وفقا للقانون الإيطالي (قانون جنسية الزوج) رغم اعتناق الزوج للإسلام ، وجاء في حيثيات المحكمة أنه لا محل للتحدي ... بقاعدة المحافظة على النظام العام بمقولة أن دخول الزوج في الإسلام يجعل القانون الواجب تطبيقه على أحواله الشخصية كلها هى الشريعة الإسلامية لا القانون الأجنبية . فإن مجال هذه القاعدة هو خصوص النظام العام ، والعمل بها إنما يكون على قدر ما تقتضيه مراعاة النظام العام في كل حالة ، وإبطال نفقة المطلقة المسيحية على زوجها المسلم أو عدم إبطالها لا يمس النظام المصري في شيء ، ومن ثم كان إسلام الزوج لا يترتب عليه في خصوص مسألة النفقة بالذات أن تكون الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق دون قانون بلد الزوج وقت الزواج . (راجع الحكم منشور في

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما ، الدائرة المدنية ، الجزء الأول ص١٤٨)

- النسب: لم يتضمن القانون المدني نصوصا خاصة بتنازع القوانين في شأن المسائل المتعلقة بالنسب ولذلك يرجع لأحكام نصوص قانون الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين المعدل بالقانون رقم (١ ، ٩١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، وكذا القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ والمتعلق بمحكمة الأسرة وعند عدم وجود النص أو كفايته فيرجع للقاعدة العامة في القانون الدولي الخاص والذي ذهب معظم الشراح لتطبيق قانون الجنسية على العلاقات الخاصة بالنسب . (هشام صادق ، مرجع سابق ، عز الدين عبد الله ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم الأجنبي قد قضى بنفى بنوة شخص لآخر أجنبي ، فإن ذلك لا يخالف النظام العام في مصر حيث نقضي الشريعة الإسلامية بحرمان الولد غير الشرعي من الميراث والنسب " (نقض ١٩٥٦/١/١٢ س٧ ص٧٤) وبأنه " النسب كما يثبت بالفراش يثبت بالبينة والإقرار " (نقض ١٩٧٦/٣/١٠ س٢٧ ص٥٩٢)

- بطلان التبني : ترفع دعوى بطلان التبني أو التصديق عليه من غير طرفى العقد ، لعدم توافر الشروط القانونية الواجبة لقبول التبني أو صحته أو التصديق عليه ذلك أن الحكم الصادر بالتصديق لا يحوز قوة الأمر المقضي بالنسبة لمن لم يكن طرفا في العقد أو الحكم ، ودعوى البطلان هنا أصلية تخضع من حيث الإجراءات والطعن في الحكم الذي يصدر فيها للقواعد العامة . (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني)

وقد قضت محكمة النقض بأن " التبني وهو استحقاق شخص معلوم النسب أو استحقاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه ولدا وليس بولد حقيقي حرام وباطل في الشريعة الإسلامية ولا يترتب عليه أثر أو حكم من الأحكام الشرعية ، اكتفاء بأن الإسلام قد أورد تنظيما كاملا محكما لأحوال اللقطاء وبما يكفل الحياة الشريفة لهم " (نقض ١٩٧٦/٣/١٠ س٢٧ ص١٩٢)

- ثبوت النسب للأم ، فقد قضت محكمة النقض بأن " نسب الولد يثبت من المرأة التي تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة وكان ممن يولد مثله لمثلها وصادقها المقر له على إقرارها إن كان في سن التمييز دون توقف على شيء آخر ودون حاجة إلى إثبات سواء كانت الولادة – زواج صحيح أو فاسد أو من غير زواج شرعي كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة . إذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب ، طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة ، لأن إقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعداها إلى الغير . أما إذا كانت وقت الإقرار متزوجة أو معتدة أو أقرت بالولد ونسبته إلى من كان زوجا لها ، وكان النسب لا يثبت

بإقرارها لما فيه في تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أن يصادقها زوجها أو أن تقيم الحجة الكاملة على مدعاها لأن الإقرار متى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة ، والدعوى المجردة لا تكفي للقضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لا تقبل . لما كان ذلك ، وكان الواقع في الدعوى – على ما تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه – أن المطعون عليها الأولى تستند في ثبوت بنوتها للمتوفاة إلى إقرارها بأنها ابنتها من زوجها .... الذي تزوجته بعقد عرفي ودون أن تدعى مصادقة الزوج المذكور على نسبتها إليه أو على الزوجية المدعاة ، فإن هذا الإقرار لا يكفي لإثبات البنوة لما فيه من تحميل النسب على الغير وإنما وجبت إقامة الحجة عليها وعلى الفراش المدعى باعتبار أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبني على ثبوت النسب ، لما كان ما تقدم ، وكانت المطعون عليها الأولى قدمت للإثبات شاهدين شهد أحدهما بالزوجية والبنوة عن المتوفاة ، ومن ثم لا يتوافر بهما بقية الشهادة الواجب شرعا وهو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول ، ولا تقوم بشهادتهما بنية شرعية كاملة على النسب المدعى وسببه " (نقض ١٩٧٩/٣/٢٨ س٣٠ ص٩٣٦)

- النسب يثبت بالإقرار ، فقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر في قضاء محكمة النقض ، أن النسب يثبت بالدعوى وهى الإقرار المجرد بالنسب بما ينطوي على اعتراف ببنوة الولد بنوة حقيقة وأنه تخلق من مائه (صلبه) وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال ، والراجح في مذهب الأحناف ثبوت النسب بهذا الطريق (الدعوى) دون أن يقرن به ما بين وجهه حتى لو كانت الظواهر تكذبه ، ولا يحول دون ذلك ورود الإقرار لاحقا على التبني لما ينم عنه من رغبة المقر في تصحيح الأوضاع ، طالما لم يبين وقت إقراره سبب هذه البنوة " (نقض ١٩٧٦/٣/١٠ س٢٧ ص٥٩٢) وبأنه " ويشترط لصحة الإقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب فإن كان معروفا نسبه من غير المقر لا يثبت نسبه منه ، فإن كان ولد في بلد ووجد في آخر ، تعين أن يكون مجهول النسب في البلدان معا دفعا للحرج وتحوطا في إثبات الأنساب " (نقض ١٩٧٦/٣/١٠ س٢٧ ص٥٩٢)

﴿ المـــادة ١٤ ﴾

"في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون المصري وحده فيم عدا شرط الأهلية للزواج" .

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوري م١٥ ، الليبي م١٤ ، العراقي م٥/١٩ ، السوداني م٢٠ .

﴿ الشـــرح ﴾

- شرط تطبيق الاستثناء الوارد بالمادة : يلاحظ أن نص المادة ١٤ صريح في اشتراط أن يكون أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، فإذا كان الزوجان أجنبيين عند الزواج ثم تجنس أحدهما بالجنسية المصرية بعد ذلك فلا وجه لتطبيق القانون المصري إعمالا للمادة ١٤ سالفة الذكر ، وعلى العكس فلو كان أحد الزوجين مصريا عند انعقاد الزواج لتعين تطبيق القانون ، ومن المعلوم أن قواعد الإسناد الداخلية في مصر تقضي بتطبيق الشريعة الإسلامية على زواج المسلمين ، وكذلك على زواج غير المسلمين عند اختلافهم في المذهب أو الملة . أما لو اتحدت ملة الزوجين ، فإن زواجهم يخضع لشريعتهم المشتركة . (سمير تناغو ، أحكام الأسرة بند ٨ ، ١٢)

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " نص القانون المدني في المادة ١٣ منه على أن " يســري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج ...." ، إلا أنه استثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج فنص في المادة ١٤ منه على سريان القانون المصـري وحده في هذه الحالة فيما عدا شرط الأهلية للزواج ، مما مفاده أن الحضانة باعتبارها من الآثار المترتبة على الزواج يسري عليها القانون المصري وحده إذا كان أحد الزوجين مصـــريا وقت انعقاده " (نقض ١٩٨٥/٣/١٩ الطعن رقم ٧٥ لســنة ٥٣ق جلســة ١٩٨٥/٣/١٩) وبأنه " عقد الزواج لا يكســب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا بما يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص " (نقض ١٩٦٠/١١/١٧ س١١ ص٥٨٣) وبـأنـه " إذا كـان النزاع المطروح دائر بين زوج إيطالي وزوجة مصـــرية فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدني ويكون القانون المصـــري هو الواجب التطبيق فإذا كان الزوج يهودي الديانة وكانت الزوجة مســيحية كاثوليكية فإن القانون المصـري الواجب التطبيق هو القانون الذي كانت تطبقه المحاكم الشـرعية صـاحبة الاختصـاص العام في مسائل الأحوال الشخصية وهذا القانون هو ما يبينه المادة ٢٨٠ من لائحة ترتب المحاكم

الشرعية التي نصت على أنه تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد ، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت في فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضي بأن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، وكان الثابت في الدعوى أن الزوجة مسيحية كاثوليكية لا تدين بوقوع الطلاق فإن دعوى طلاق زوجها إياها تكون غير مسموعة ولا يترتب على الطلاق آثاره ويكون الحكم المطعون فيه إذا قضى على خلاف ذلك وذهب الى أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " (نقض ١٩٥٨/٥/١ س٩ ص٤٢٥)

- مجال تطبيق الاستثناء بالنسبة لانقضاء الزواج : مؤدى الاستثناء الوارد في المادة ١٤ بالنسبة لانقضاء الزواج أنه لو كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصري هو الذي ينطبق في شأن الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني بصرف النظر عن جنسيته وقت الطلاق أو عند رفع دعوى التطليق أو الانفصال . (هشام صادق ، مرجع سابق)

وقد قضى بأن " ومتى كان الحالي في خصوص التطليق موضوع الدعوى أن الزوج المستأنف مصري الجنسية مسيحي الديانة وأرثوذكسي المذهب فيكون القانون المصري هو الواجب التطبيق موضوعيا بغض النظر عن جنسية الزوجة المستأنف عليها (فرنسية الجنسية مسيحية الديانة وكاثوليكية المذهب) فيطبق القانون المصري رغم وجود هذا الطرف الأجنبي كما يطبق على المصريين عندما يكون الزوجان مصريين ، إذ لو قيل بغير ذلك لترتب على زواج المصري بأجنبية أن يخضع في تطليقه لأحكام تختلف عن تلك التي تحكمه إذا ما كان قد تزوج بمصرية وهو أمر لم يقصده المشرع ويتجافى مبدأ مساواة المصريين أمام القانون " ، وأضافت المحكمة قولها " أن ما ذهب إليه المستأنف من أن المادة ٩٩من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تحكم سوى المنازعات التي تكون بين المصريين فمردود بأن المستقر عليه فقها وقضاء قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة وفقا لشريعتهم في نطاق النظام العام . أما بالنسبة لغير المتحدي الطائفة والملة فتصدر الأحكام في منازعتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقا للقانون الذي تطبقه المحاكم الشرعية باعتبارها المحاكم ذات الاختصاص العام بالنسبة للمصريين في مسائل الأحوال الشخصية التي كانت تختص كذلك بالفصل في كل نزاع ينشأ بين مصري وغير مصري في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية طالما كان القانون

الواجب التطبيق مصريا طبقا للمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ والذي ألغى بصـــدور الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، و هذه المحاكم كما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيبها تصـــدر أحكامها طبقا للمدون في لائحتها ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . (محكمة استئناف الإسكندرية ، دائرة الأحوال الشخصية جلسة ١٩٦٢/٦/٢٧)

﴿ المـــادة ١٥ ﴾

" يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوري م١٦ ، الليبي م١٥ ، العراقي م٢١ ، السوداني م٢٣ .

وقد جاء عنها بالأعمال التحضيرية بأن " فيما بين الأقارب أن المقصود من وضعها دفع شبهة أن يكون المقصود من النفقة نفقة الزوجية التي تنظمها أحكام المواد السابقة على اعتبار أنها من آثار الزوجة .

﴿ الشـــرح ﴾

- اقتصار النص على نفقة الأقارب فقط : النفقة المستحقة لأحد الزوجين تخرج عن نطاق إعمال القاعدة الواردة بالمادة ١٥ من القانون المدني ، فالنفقة الزوجية على نحو ما رأينا تعد أثرا من آثار الزواج ، وتخضع بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ، والنفقة المترتبة على انقضاء الزواج تخرج عن مضمون الفكرة المسندة ، لكونها أثرا من آثار الطلاق أو التطليق ، ومن ثم فهى تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى على ما رأينا من قل ، وكذلك النفقة الوقتية تخرج بدورها عن نطاق تطبيق المادة ١٥مدني فقد رأينا أن هذه النفقة تخضع دائما لقانون القاضي ، وعلى هذا النحو يقتصر مضمون المادة ١٥ مدني على نفقة الأقارب . (هشام صادق ، مرجع سابق ، عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ص٢٤١ ، محمد كمال فهمي ص٤٣٩ ، جابر جاد ص٤٠٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الذي يتبين من مقارنة نصوص المواد ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ من القانون المدني بالمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وبالمواد ٥ ، ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشـــرعية ، وبالمادة ٢١ من الأمر العالي الصـــادر في أول مارس ســنة ١٩٠٢ الخاص بمجلس ملي طائفة الإنجليين الوطنيين ، وبالمادة ١٦ من الأمر العالي الصـــادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ تصديقا على لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العمومي ،

وبالمادة ١٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥ بشأن الأرمن الكاثوليك – الذي يتبين من مقارنة هذه النصوص بعضها بالبعض هو أن الفصل في ترتيب وتقدير نفقة الزوجة والنفقة بين الأصول والفروع وبين ذوي الأرحام الذين يرث بعضهم بعضا يكون من اختصاص جهات الأحوال الشخصية على حسب ما يتسع له قانون كل جهة من هذه الجهات أما من عدا هؤلاء ممن يتناولهم نص المادتين ١٥٥ ، ١٥٦ من القانون المدني (قديم) فيكون الفصل في أمر النفقة بينهم من اختصاص المحاكم الأهلية وذلك إعمالا لنص هاتين المادتين مع المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، فإذا رفعت دعوى نفقة من زوجة ملية على زوجها ووالد زوجها لدى المحاكم الأهلية ، وادعى الزوج أنه غير ملزم بأداء نفقة لزوجها لنشوزها ، وحصلت محكمة الاستئناف من فهم الواقع في الدعوى أن هذا الادعاء غير جدي وقضت بإلزام الزوج ووالده بأداء النفقة ، ثم طعن المحكوم عليهما في هذا الحكم بطريق النقض ، وقصرا طعنهما عليه من حيث قضاؤه بالاختصاص فقط ، فإن هذا الحكم يكون من جهة قضائه بالنفقة على الزوج قد أخطأ في تطبيق القانون ، لخروج ذلك عن اختصاصه ، أما من جهة قضائه بها على والد الزوج فإنه صحيح قانونا ، إذ حق الزوجة في النفقة على والد زوجها مستمد في هذه الصورة من نص المادة ١٥٦ مدني لا من قواعد الأحوال الشخصية ولا من قوانين المجالس الملية " (نقض ١٩٣٣/١١/٣٠ ج١ في ٢٥ سنة ص١٣٦) وبأنه : اختصاص المحكمة الابتدائية دعوى النفقة وفقا لنص المادة ٩٢٠ من قانون المرافعات إنما يكون عند طرح دعوى النفقة في أثناء نظر دعوى التطليق أو الطلاق أو التفريق الجسماني ولا يصح تأسيس هذا الاختصاص على المادة ٩٢١ إلا عندما يكون الحكم القاضي بالطلاق أو التطليق و التفريق الجسماني صادرا من إحدى المحاكم المصرية " (نقض ١٩٥٤/١٢/١٦ ج١ في ٢٥ سنة ص١٣٩)

- القانون الواجب التطبيق على نفقة الأصهار : من الواضح أن الفقه المصري قد أجمع على إخضاع نفقة الأصهار ، أسوة بنفقة الأقارب ، الى قانون جنسية المطالب بالنفقة . (منصور مصطفى منصور ص٢٤٦ وما بعدها ، شمس الدين الوكيل ١٣٣ ، هشام صادق ص٥٨٩)

﴿ المادة ١٦ ﴾

"يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين ، قانون الشخص الذي تجب حمايته ".

﴿ التعليق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري م١٧ ، الليبي م١٦ ، العراقي م٢٠ ، السوداني م٢٣ .

﴿ الشـــــرح ﴾

- نطاق تطبيق النص : يتحدد في المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملي الأهلية مثل الولاية والوصاية والقوامة والوكالة عن الغائب ، فيرجع الى قانون جنسية من تجب حمايته لمعرفة من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصيا أو قيما أو وكيلا عن الغائب ، وسلطة القائم بالحماية في إبرام التصرفات المختلفة نيابة عن المشمول بالحماية وحكم التصرف الذي يبرمه مجاوزا سلطته ، وواجبات وحقوق من يتولى الحماية وما يستحقه من أجر ، وكذلك أسباب سلب الولاية أو الحد منها ، وعول الأوصياء أو القامة والحد من سلطاتهم (منصور مصطفي منصور ص٢٥٦ ، جابر جاد ص٤٤٠ وما بعدها) أما عن تقدير أسباب امتناع الوصى أو القيم أو المشرف عن قبول الوصاية أو القوامة أو الإشراف فهو يخرج عن مضمون الفكرة المسندة ، ولا يخضع بالتالي لقانون جنسية من تجب حمايته ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٢ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات تنص على أنه " ويرجع في تقدير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو الإشراف أو القوامة الى قانون بلد الوصى أو القيم أو المشرف " ، وقد ألغيت هذه المادة بموجب القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وكذا قانون محكمة الأسرة السالف الإشارة إليه ، ويلاحظ أن المقصود بالولاية التي تخضع لقانون جنسية من تجب حمايته وفقا للمادة ١٦ مدني هى الولاية على المال (شمس الدين الوكيل ، منصور مصطفى منصور بند ٦٧ ، عز الدين عبد الله بند ٨٦) أما الولاية على النفس فهى تخرج عن مضمون الفكرة المسندة ، فقد سبق أن أشرنا الى خضوعها لقانون جنسية الأب بوصفها من آثار النسب ، كذلك يلاحظ أن إعمال قانون جنسية من تجب حمايته على المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملي الأهلية يجب ألا يمس نطاق تطبيق قانون مركز الأموال والذي يسري على الحيازة والحقوق العينية ، وعلى ذلك فإذا كان قانون الجنسية يقرر للقاصر رهنا قانونيا على أموال الوصى لضمان ما يثبت للقاصر في ذمته فإن هذا الحق لا يسري بالنسبة للأموال التي توجد في دولة لا يعترف قانونها بمثله كما هو الحال في القانون المصري (شمس الدين الوكيل ص١٤٠ ، منصور مصطفى منصور ص٢٦٠) ونشير في النهاية الى أن نطاق تطبيق قانون من تجب حمايته يتحدد وفقا للمادة ١٦ مدني بالمسائل الموضوعية الخاصة بحماية ناقصي الأهلية . أما المسائل الإجرائية المتعلقة بحماية غير كاملي

الأهلية فهى تخضع للقانون المصري بوصفه قانون القاضي وفقا للمادة ٢٢ من القانون المدني (هشام صادق ، مرجع سابق)

﴿ المـــــادة ١٧ ﴾

"يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت " .

﴿ التعليـــــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري م١٨ ، الليبي م١٧ ، العراقي م٢٢ ، ٢٣ ، السوداني م٢٥ .

وقد جاء عنها بمذكرة المشرع التمهيدي أنه " يبين أنه يقصد عادة من إخضاع الوصية – وما في حكمها – لقانون جنسية الموصى وقت الإيصاء تنظيمها بوصفها مجرد تصرف قانوني دون مساس بالناحية الموضوعية التي ترتبط ارتباطا وثيقة بالميراث وتخضع للقانون الذي يسري عليه .

﴿ الشـــــرح ﴾

- أخضع المشرع المصري الميراث لقانون جنسية المورث وقت موته : أخضع المشرع المصري الميراث بمقتضى المادة ١٧ من القانون المدني لقانون جنسية المورث وقت موته ، وموقف المشرع المصري على هذا النحو ينبئ عن إيمانه باعتبار الميراث من المسائل المتعلقة الأشخاص ، والتي تخضع لقانون الجنسية بوصفه القانون الشخصي ، وقد كانت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغي تنص صراحة على اعتبار الميراث من مسائل الأحوال الشخصية ، وقد اعتبر المشرع الميراث من المسائل المتعلقة بالأشخاص وأخضعه بالتالي لقانون جنسية المتوفى دون تفرقة بين العقارات أو المنقولات ، وقد بارك جانب من الفقه المصري إخضاع الميراث لقانون الجنسية على أساس " الصلة الوثيقة بينه وبين روابط الأسرة ، فالميراث يؤدي إلى انتقال أموال المتوفى إلى من تربطه بهم رابطة الزوجية أو رابطة القرابة " (منصور مصطفى منصور ص٢٦٣) ويضيف هذا الرأى حجة أخرى مؤداها أن تطبيق قانون جنسية المورث على الميراث يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على التركة في مجموعها ، والأمر على خلاف ذلك فيما لو طبقنا على الميراث في العقار قانونا يختلف عن القانون الواجب

التطبيق على التركة المنقولة كما هو الشأن في فرنسا . إذ يؤدي هذا الوضع ، في نظر الاتجاه السالف ، الى " تعدد القوانين التي تطبق عندما تتعدد أموال التركة وتقع في دول مختلفة ، ذلك أن اختلاف القواعد الموضوعية للميراث في مختلف الدول يؤدي في هذا الفرض الى كثير من الصعوبات الفنية فقد يعتبر الشخص وارثا في قانون ولا يعتبر كذلك في قانون آخر ، وقد تختلف القوانين فيما يتعلق بحق الوارث في قبول التركة أو عدم قبولها وشروط القبول الى غير ذلك مما يؤدي الى كثير من التعقيدات والتعارض عند تطبيق القوانين المختلفة على تركة واحدة " (شمس الدين الوكيل ص١٤١ ، منصور مصطفي منصور ص٢٦٤ ، هشام صادق)

- المسائل الداخلة في فكرة الميراث : تدخل المسائل الآتية في مضمون فكرة الميراث وتخضع بالتالي لقانون جنسـية المورث وقت موته وهى (أ) شـروط اسـتحقاق الإرث ، وهى تدور جميعها حول التحقق من موت المورث وحياة الوارث ، ومن ذلك على سـبيل المثال (حكم الموت الاعتباري الذي يخص المفقود وحتى يعتبر في حكم الميت ، وبالنسـبة للوارث حكم الحمل المسـتكن و هل يعتبر وار ثا ، و هل يكفي أن يو لد الجنيني حيا أو قابلا للحياة أم يلزم اسـتمرار حياته فترة معينة ، وهل يجوز توريث المفقود وإلى متى يعتبر حيا ، ومثال ذلك أيضا حالة وفاة المورث والوارث وعدم التأكد من معرفة أيهما توفى قبل الآخر وما حكم هذه الحالة (شمس الدين الوكيل ، مرجع سابق ص١٤١ ، عز الدين عبد الله بند ١١١ ، منصـور مصـطفى منصـور ص٢٦٤) ، (ب) بيان الورثة ومراتبهم ونصـيب كل منهم في التركة ، ويندرج تحت هذه الفكرة بيان موانع الإرث ، كالقتل واختلاف الدين والحجب الوارد والعول (منصـور مصـطفى منصـور ص٢٦٥) ، (ج) تنظيم حالة الشـيوع بين الورثة . فالقانون المصـري هو الذي ينطبق على التركات الموجودة في مصـر بوصـفه قانون موقع المال فيما يتعلق بحق على شريك في التصرف ، وكيفية إدارة الأموال الشائعة ، وتنظيمها ، وانقضائها سواء بالتقاضي أو بالتراضي ، وذلك بصرف النظر عما إذا كان المورث مصريا أو أجنبيا (منصور مصطفي منصور ص٢٠٧ ، شمس الدين الوكيل ص١٤٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " والميراث في القانون المصري ، هو خلافة في الحقوق بحكم القانون سببها الموت ، يستوي أن يتعلق الحق بعقار أو بمنقول مادي أو معنوي ذلك أن المال في عرف القانون هو كل شيء منقول نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره وكما يكون المال شـيئا ماديا كالأعيان التي تقع تحت الحواس يكون شـيئا معنويا كالحقوق التي لا تدرج إلا بالتصور كحق الاستشفاع وخيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين فهى جميعا تنتقل قانونا الى ورثة من له الخيار " (نقض ١٩٤٦/١/٣١ ، ١٩٣٩/٦/٨ ج١ في ٢٥ سـنة ص٩٩٩) وبأنه " متى كانت الدعوى قد وجهت الى الوارث اليوناني الجنسـية الذي قبل التركة بغير اشـتراط الجرد

فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ قضى بإلزامه بديون هذه التركة من ماله الخاص وفقا لأحكام المادة ١٩٠٩ من القانون المدني اليوناني التي يخضـع لها في خصـوص الإرث " (الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٧) وبأنه " إذ كانت المادة ١/١٧ من القانون المدني تنص على أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصـى أو من صـدر منه التصـرف وقت موته " ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المورث يوناني الجنسـية ، وكانت المادة ١٤٢٦ من القانون المدني اليوناني تنص على أنه " في حال انحلال الزواج ترد الدوطة " ، فإن مفاد ذلك أن الدوطة طبقا للقانون المدني اليوناني تظل على ملك الزوجة ولا يكون للزوج عليها سـوى حق الانتفاع مادامت الحياة الزوجية قائمة ، فإذا انحلت عقدة الزواج بالوفاة تعين رد الدوطة الى الزوجة ، مما مؤداه أن الدوطة عند وفاة الزوج لا تعتبر من تركته بل ترد الى الزوجة التي عاد إليها حق الانتفاع " (الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٧١/١١/٢٤) وبأنه " المواريث عموما ومنها الوصية هى وحدة واحدة وتسري الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة " (نقض ١٩٤٣/٤/١ ج٢ في ٢٥ سنة ص٩٩٨)

- حكم التركة الشاغرة : إذا توفى الأجنبي ولم يوجد له وارث فإنه لا يرجع الى قانون جنسيته لبيان كيفية التصرف في تركته ، إذ تخضع التركة في هذه الحالة للقانون المصري باعتباره موقع المال ، فيؤول الى الخزانة العامة وفقا لنص الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسـنة ١٩٤٣ . (انظر هشـام صـادق حيث ذهب لما ذهبنا إليه باعتبار أن التركة الشاغرة تؤول للخزانة العامة لأنها من القواعد الآمرة) .
- لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي في شـأن الميراث إذا كان مخالفا للنظام العام : القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد يستبعد في بعض الفروض إذا تعارض تطبيقه مع النظام العام في مصـر ، ويعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام في مصـر إذا كان يقرر منع الميراث بسـبب اختلاف الجنس أو اللون ، أو إذا كان يجيز الميراث للوارث الذي قتل المورث عمدا ، أو يورث ابن الزنا من أبيه أو من أقارب الأب (شـمس الدين الوكيل ص١٤٥ ، منصـور مصـطفي منصـور ص٢٦٧) والقانون الأجنبي يعتبر مخالفا للنظام العام أيضـا فيما لو قرر التوارث بين المسـلم وغير المسـلم ، وهو ما أكده القضـاء المصـري في بعض أحكامه ، ويضـيف جانب آخر من الفقه أن حرمان البنت من الإرث ، أو تمييز الابن الأكبر أو إيثاره بالتركة كلها ، يعتبر مخالفا للنظام العام في مصـر (جابر جاد ص٤٣٨) ويسـتبعد أحكام القانون الأجنبي في جميع الأحوال بالنسـبة لبيان الورثة ومراتبهم وأنصـبتهم متى اختلفت مع

أحكام الميراث في الشـريعة الإسـلامية فيما لو كان المورث مسـلما . (عز الدين عبد الله بند ١١٢، منصور مصطفي منصور ص٢٦٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إن كون الإنسان وارثا أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشــركه فيه غيره الى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام ، والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ، ويحكم القاضـي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وتحريم التعامل في التركات المستقبلة يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص من حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصـاحبه واسـتحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شـابهها مخالف للنظام العام " (الطعن رقم ٢ لسـنة ٤ق جلسـة ١٩٣٤/٦/١٤) وبأنه " إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله في حالة وفاته قبلها فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصـود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشـرعية فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصـية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشـبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبة المحرمة شـرعا " (الطعن رقم ٢ لسـنة ٤ق جلسـة ١٩٣٤/٦/١٤) وبأنه " وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر ، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهما الشـريعة الإسـلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسـنة ١٩٤٣ من أصـحاب الفروض والعصـبات ، وكانت أحكام المواريث الأسـاسـية التي تسـتند الى نصـوص قاطعة في الشـريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصـر إذ هى وثيقة الصـلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي اسـتقر في ضـمير الجماعة بحيث يتأذى الشـعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسـع القاضـي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصـومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسـلمين – إذ كان ذلك ، وكان الثابت في الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون ، فإن الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧)

- إجـــــراءات الإرث : إجراءات الإرث ، كتحقيق الوارثة وتعيين مدير للتركة وفقا لما نصت عليه المواد ٩٣٥ – ٩٤٠ من قانون المرافعات ، فإنها تخضع للقانون المصري عملا بالمادة ٢٢ من القانون المدني .
- الإجراءات التحفظية ، فقد قضـــت محكمة النقض بأن " متى كانت الدعوى قد وجهت إلى الوارث اليوناني الجنسية الذي قبل التركة بغير اشتراط الجرد ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ قضـــى بإلزامه بديون هذه التركة من ماله الخاص وفقا لأحكام المادة ١٩٠٩ من القانون المدني اليوناني التي يخضع لها في خصوص الإرث " (نقض ١٩٥٥/٢/١٧ س٦ ص٧٠١) وبأنه " وإذ كانت المادة ١/١٧ من القانون المجني تنص على أنه يســري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضـافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصــى أو من صـــدر منه التصـــرف وقت موته ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المورث يوناني الجنسية ، وكانت المادة ١٤٢٦ من القانون المدني اليوناني تنص على أنه " في حال انحلال الزواج ترد الدوطة إلى الزوجة على أموال الدوطة " ، فإن مفاد ذلك أن الدوطة طبقا للقانون المدني اليوناني تظل على ملك الزوجة ولا يكون للزوج علها ســوى حق الانتفاع مادامت الحياة الزوجية قائمة ، فإذا انحلت عقدة الزواج بالوفاة تعين رد الدوطة إلى الزوجة ، مما مؤداه أن الدوطة عند وفاة الزوج لا تعتبر من تركته بل ترد إلى الزوجة التي عاد إليها حق الانتفاع " (نقض ١٩٧١/١١/٢٤ س٢٢ ص٩٢٢)
- الوصية وما في حكمها : والوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت ، وليست الوصـية على هذا النحو هى التصـرف الوحيد الذي ينتج آثاره بعد الموت . فهناك الى جانبها تصــــرفات أخرى لا تحقق آثارها إلا بعد الوفاة مثل عقود التوريث ، ويشـــير الفقه الى أنه ومادام أن القانون المصــــري هو المرجع في التكييف ، فإنه يتعين الرجوع الى هذا القانون لمعرفة التصـرفات التي تأخذ حكم الوصـية وتنتج آثارها بعد الموت (هشـام صـادق ، مرجع ســـابق) وعلى ذلك فإنه يتعين العمل بالقرينتين الواردتين ٩١٦ ، ٩١٧ من القانون المدني ، وضابط الإسناد الذي نص عليه المشرع صراحة في المادة ١٧ من القانون المدني في شأن موضوع الوصية والتصرفات الأخرى المضافة الى ما بعد الموت هو قانون جنسية الموصى أو المتصرف وقت الموت .

وقد قضت محكمة النقض بأن " المفهوم من نصوص القانون المدني الخاصة بتقسيم الأموال وبيان أحكام كل قسم منها وكيف تثبت له صفة نوعه وكيف تزول أنه لا يجوز إعطاء حق الانتفاع إلا لشخص أو أكثر موجودين على قيد الحياة ، ولا يجوز الإيصاء لشخص أو أكثر ولورثته من بعده ما تناسلوا ثم الى الفقراء إلا على صورة الوقف يرصد به المال على جهة بر مؤيدة لا تقطع

. فإذا تصرف مسيحي بالوصية والإيهاب والوقف على الكنائس والفقراء وعلى بناته على أن كل من ماتت بناته يكون نصيبها لأولادها بالتساوي ، فإن لم يكن لها ولد فيكون نصيبها الى أخواتها وهكذا الى حين انقراض الذرية ، فيكون ما أوصى به وقفا مؤيدا وحبسا مخلدا يصرف ريعه على جهات البر المعينة ، فإن هذا التصرف – وقد جاء فيه أيضا أن الجزء الموصى به للكنائس والفقراء والأرامل يؤدي الوصى ريعه لغبطة البطريرك ، ويستصدر منه سنويا التصديق على الحساب – هذا التصرف ليس وصية بل هو في الواقع وقف مضاف الى ما بعد الموت لأن القانون المصري لا يعرف الوصية بحق الانتفاع المؤبد إلا إذا أخرجها الموصى مخرج الوقف بالأوضاع المعروفة ، ولئن كان هذا الوقف حاصلا بطريق الوصية وكان حكمه حكم الوصية مادام الموصى حيا ، إلا أنه متى كان هذا الموصى مصرا عليها ، فقد حق الوقف ووجب تطبيق أحكام وقف المريض مرض الموت على مثله " (نقض ١٩٣٤/٦/٢١ ج٢ في ٢٥ سنة ص١٢١٨) وبأنه " أموال الشخص تؤول لغيره بوفاته بأحد طريقين الميراث أو الوصية وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد استخلصت من المستندات المقدمة إليها وفي حدود سلطتها الموضوعية أن ملكية العقارات الكائنة بمصر قد انتقلت الى الطاعنين بوفاة والدتهم بطريق الوصية الصادرة منها لا الميراث ، وكان القانون الإنجليزي الذي يسري على واقعة النزاع باعتباره قانون والدة الطاعنين التي صدرت منها الوصية وذلك عملا بقاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٧ من القانون المدني المصري والذي يبيح حرية الإيصاء ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه يكون غير أساس " (الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

- المقصود بالشروط الموضوعية : تطبيق النص قاصر على الأحكام الموضوعية الخاصة بالوصية ، وهذه الأحكام تشمل مدى حرية الموصى في الإيصاء سواء من حيث القدر الجائز الإيصاء به أو من حيث الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم، فمن التشريعات ما يسمح للموصى بحرية مطلقة في الإيصاء بأى قدر من ماله سواء وجد ورثة أم لا ، ومن التشريعات ما يقيد حرية الموصى في هذا الشأن على الأقل إذا وجد ورثة من درجة معينة . كما تتجه بعض التشريعات الى منه الموصى من الإيصاء لأشخاص معينة كالوصية للطبيب المعالج في مرض الموت، أو لرجل الدين، أو للوارث، وكذلك تشمل جزاء المنع المقرر على الإيصاء في الأحوال السابقة وكافة الآثار التي تترتب على الوصية. (هشام صادق ص٣١٥ ، منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق ، أنور طلبة ص٤٢٨)
- قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية : المشرع أخضع الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لذات القانون الذي تخضع له الشروط

الموضــوعية للإرث وذلك نظرا للصــلة الوثيقة التي ترتبط بينهما ، وبعبارة أخرى تخضــع الوصــية وســائر التصــرفات المضــافة الى ما بعد الموت من حيث الشــروط الموضــوعية الى قانون جنســية المورث وقت الوفاة ، وكانت المادة ٣٨ من المشــروع التمهيدي للتقنين المدني المقابلة للمادة ١٧ تنص في فقرتها الثانية على أن " أما الوصـــية والإيصـــاء المتبادل وعقود التوريث فيرســي عليها قانون الموصــى وقت عمل الوصــية " ، وعند عرض المشــروع في لجنة المراجعة اقترح الدكتور الســنهوري تحوير النص بجعله قانون الموصــى وقت موته لا وقت عمل الوصــية ، وقد وافقت اللجنة على ذلك . كما وافق عليه مجلس الشــيوخ بعد تعديل طفيف في الصياغة ، وعلى ذلك أصبح يحكم الوصية وسائر التصرفات المضافة س الى ما بعد الموت قانون الموصــى أو من صــدر منه التصــرف وقت موته ، وهكذا يخضــع الأجانب في وصــاياهم لقانون بلدهم ويخضــع المصــريون لقانون جنســيتهم وهو هنا أحكام الشــريعة الإســلامية س وقانون الوصــية رقم ٧١ لســنة ١٩٤٦ ، وذلك عملا بالمادة ٩١٥ مدني التي تجري على أن " تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها " ، ويسري هذا القانون ، سواء أكان الموصى به منقولا أو عقارا ، وبصرف النظر عن البلد الموجود فيه هذا العقار أو ذاك المنقول ، لكن يلاحظ مع ذلك أن تطبيق هذا القانون مقيد بقيود خاصـــة تكاد تتطابق مع تلك التي أوردناها بالنســـبة للقانون الذي يحكم المواريث . (هشـــام صادق ، مرجع سابق ، منصور ، مرجع سابق)

وقد قضــت محكمة النقض بأن " الوصــية بطبيعتها تصــرف مضــاف الى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانوني إلا بعد حصــول الوفاة وموت الموصـــى مصـــرا عليها ، وتكون محكومة بالقانون الساري وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية ، وإذن فمتى كان المورث قد توفى في وقت سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تعين خضوع وصيته لحكم هذا القانون " (الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣) وبأنه " أموال الشخص نؤول لغيه بوفاته بأحد طريقين ، الميراث أو الوصية ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد استخلصت من المستندات المقدمة إليها وفي حدود ســلطتها الموضـــوعية أن ملكية العقارات الكائنة بمصـــر قد انتقلت الى الطاعنين بوفاة والدتهم بطريق الوصية الصادرة منها لا الميراث ، وكان القانون الإنجليزي الذي يسري على واقعة النزاع باعتباره قانون والدة الطاعنين التي صدرت منها الوصية ، وذلك عملا بقاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٧ من القانون المدني المصــري والذي يبيح حرية الإيصــاء ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه يكون على غير أســـاس " (الطعن رقم ١٥٤ لســنة ٣٩ق جلســة ١٩٧٤/١٢/٣١) وبأنه " الشــروط الموضــوعية للوصــية موضوع النزاع سواء ما تعلق منها بحق الإيصاء أو القدر الذي تنفذ فيه الوصية يخضع للقانون

اليو ناني وهو قانون الموصـــى و قت مو ته ، ولما كان من المقرر في قضـــاء هذه المحكمة أن الاسـتناد الى قانون أجنبي ، واقعة يجب على الخصـوم إقامة الدليل عليها ، وإذ كان الطاعنون لم يقدموا ما يفيد أن نصـــا في القانون اليوناني يرتب البطلان على انعدام وجود الموصـــى له عند الإيصاء ، فليس يجدى في هذا المقام التحدي ببطلان الوصية استنادا الى حكم قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦" (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢) وبأنه " طبقا للمادة ٥٥ من القانون المدني – الملغي – الذي تمت الوصـية في ظله تسـري على الوصـية أحكام قانون بلد المو صى وقت وفاته ، وإذ كان الثابت أن الموصى يوناني الجنسية ، وقد حررت الوصـية في ٢١ من أبريل سـنة ١٩٣٦ وأشــهرت عقب وفاته أمام المحكمة القنصـلية اليونانية بالزقازيق بتاريخ ١٢ من أغســطس ١٩٣٧ فإنه يطبق في شـــأنها القانون الذي تشـير به قواعد الإسناد وهو القانون المدني اليوناني دون القانون المدني المصري أو الشريعة الإسلامية" (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢) وبأنه " النص في المادتين ٢٠٢٠ ، ٢٠٢١ من القانون المدني اليوناني ، يدل على أن مهمة منفذ الوصـــية في الأصـــل مقيدة بتنفيذ أحكام الوصـية ومحددة بأعمال الإدارة ولا يباح له التصـرف عند الضـرورة الملجئة إلا بموافقة الوارث ، فإن لم يكن هناك وارث أصـــلا أو تعذر إبداء رأيه لســـبب أو لآخر ، فلا مناص من الحصــــول على إذن بذلك من محكمة التركة ، وإذ نهج المطعون فيه هذا المنهج ، فإنه يكون قد التزم التفسير السليم لنصوص القانون المدني اليوناني آنفة الإشارة " (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

- لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذ كان يخالف قواعد الوصـــية المتعلقة بالنظام العام في مصـــر : إذا تضـــمن القانون الأجنبي الواجب التطبيق أحكاما تخالف النظام العام في بلد القاضي ، وجب عليه طرحها والالتفات عنها وإنزال حكم قانونه على النزاع وغالبا ما يشير القاضي في مدونات حكمه الى كل ذلك ، فيحدد قاعدة الإسناد التي تدله على القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، ثم يتناول أحكامه موضـــحا مدى مخالفتها للنظام العام في مجتمعه ويقرر طرحها وإعمال الأحكام التي ينص عليها قانونه ، وهو بذلك يسبب قضاءه بأسباب قانونية ، لكن قد يغفل القاضـــي هذا الســـرد بمدونات حكمه ، ويطبق قانونه دون القانون الأجنبي ، وحينئذ يكون حكمه صـحيحا رغم عدم إفصـــاحه عن الأسـباب القانونية التي أدت به الى ما قضى به ، ذلك لأن الذي يعيب الحكم هو إسقاط أو الخطأ في الأسباب الواقعية دون الأسباب القانونية فتلك تتداركها محكمة النقض إذا طعن على الحكم بطريق النقض ، فيكفي أن يكون الحكم قد انتهى الى النتيجة الصحيحة ، فالموصى له يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة إذا قتل المو صى عمدا وفقا لما تنص عليه المادة ١٧ من قانون الو صية ، وهذا المنع

متعلق بالنظام العام في مصر ، ويقضي بالمنع المنصوص عليه في قانونه ، وإذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق لا يعرف الوصـية الواجبة ، وكان المال الموصـى به في مصـر ، ووجد القاضي من تلقاء نفسه أو بعد أن تدخل من يستحق الوصية الواجبة ، توافر شروطها – ولاتصالها بالنظام العام لتعلقها بالكيان الاجتماعي والأسري في مصر – قضى بها لمستحقيها المتدخلين وفقا لطلبهم ، فإن لم يتدخلوا تعين على القاضـي أن يجنب ما يسـتحقه أصـحاب الوصـية الواجبة ، ويقضـي للموصـى له فيما تجاوز ذلك ، أما إذا لم تدل الوقائع على وجود مستحق لوصـية واجبة يستحق الوصـية الواجبة ، وكانت الأموال موجودة بمصـر ، كان له الرجوع على الموصـى له لاسـترداد غير المسـتحق وفقا للقواعد العامة ، ويوجد رأى بعدم تعلق الوصية الواجبة بالنظام العام " (المستشار أنور طلبة ، المطول ، مرجع سابق ، وانظر هشام صادق ، مرجع سابق ، منصور ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى ، وكان المقرر وفقا لنص المادة السـادسـة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن اختلاف الدين موانع الميراث ، وهى بدورها من القواعد الأساسية التي تسـتند الى نصـوص قاطعة في الشـريعة الإسـلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق أحكام قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها فإنه لا يكون للمطعون عليها مصـلحة في طلب إلغاء إشـهار الوفاة والوراثة موضـوع الدعوى " (الطعن رقم ١٠ لسـنة ٤٨ق جلسـة ١٩٧٩/٦/٢٠) وبأنه " وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصـوص القانون الفرنسـي على واقعة الدعوى في شـأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهما الشـريعة الإسـلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسـنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات ، وكانت أحكام المواريث الأساسية التي تستند الى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي اسـتقر في ضـمير الجماعة بحيث يتأذى الشـعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسـع القاضـي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصـومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسـلمين – إذ كان ذلك ، وكان الثابت في الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون ، فإن الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧) وبأنه " لئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة ١٧ من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصـى أو من صـدر منه التصـرف وقت موته ، إلا أنه متى كان

القانون الواجب التطبيق أجنبيا ، فإن تطبيقه يكون مشــروطا بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب في مصــر وفقا لما تقضــي به المادة ٢٨ من التقنين المدني " (الطعن رقم ١٠ لسـنة ٤٨ق جلســة ١٩٧٩/٦/٢٠) وبأنه " إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبناني الجنسـية فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد ورثته وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب في مصــر . لما كان ما تقدم ، وكان القانون اللبناني – وعلى ما يتضـح من حكم محكمة التمييز اللبنانية المقدم من المطعون عليها – لا تعتد بإسلام غير المسلم إلا إذا تم وفقا للأوضاع بينما المقرر شرعا أنه يكفي لإسلام غير المسلم واعتباره في عداد المسلمين أن يتلفظ بالشـــهادتين دون حاجة لاتخاذ أى إجراء آخر ، وهو ما ليس محل خلاف ، وهى من القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام القانون والاجتماعي الذي استقر في ضــمير الجماعة بحيث يتأذى الشـعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني منها أن يتخلى عنها وبطبيعة غيرها في الخصومات التي ترفع إليه ، فإنه لا مجال لتطبيق أحكام القانون اللبناني في هذا الخصـــوص " (الطعن رقم ١٠ لســـنة ٤٨ق جلســـة ١٩٧٩/٦/٢٠) وبأنه " وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضـــاء محكمة النقض – لا يجوز اســـتبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصـــر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصــلحة عامة وأســاسـية للجماعة ، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصـية فيه بالنسبة لغير المسـلمين " (الطعن رقم ٨ لسـنة ٣٥ق جلســـة ١٩٦٧/٧/٢٦) وبأنه " نص المادة ١٨٤٣ من التقنين المدني اليوناني فيما ورد به من ذكر سـبب الحرمان في ذات الوصـية يفيد ضـرورة إعماله لتعلقه بانتقال الحقوق في التركات بطريق الإرث لمن لهم الحق فيه شـرعا – فإذا لم يذكر سـبب الحرمان في الوصـية فلا سـبيل الى إثباته ، ومن ثم لا يقبل من الطاعنين الدليل على ســبب الحرمان" (الطعن رقم ٢٣ لســـنة ٢٧ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢)

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " النص في الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدني المصري على أن " يسري على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد التي تمت فيه الوصية ..." ، يدل على قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية في التشريع المصري به هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخبرة فيجوز له أن يتخذ الوصـية إما في الشـكل المقرر في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسـيته وإما في الشـكل المقرر في قانون البلد الذي تتم فيه الوصية ، ولما كان اختيار الوصـية لأول الطريقين والتجاؤها الى قنصل دولتها لتوثيق الوصية ، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحرر

هو قانون ذلك القنصل طالما توافرت فيه الشرائط اللازمة لذلك الإجراء أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسير جنبا الى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إبرامه وبمقتضاه يبرر الخروج على مبدأ الإقليمية في التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية ، ويلزم الموثق في هذه الحالة باتباع الشكل الذي يقضي به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعوى بمعرفة القنصل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذ كان الخيار المحول للموصية في سلوك أحد الطريفين المشار إليهما لا يجعل الالتجاء الى الشكل القنصلي منطويا على مخالفة للنظام العام ، فإن النعى على الحكم يكون لا محل له " (نقض ١٩٧٤/١٢/٤ س٢٥ ص١٣٢٩)

- التقيد بأحكام القانون المصري باعتباره قانون موقع المال : الأصل هو تطبيق قانون جنسية الموصى وقت موته على الشروط الموضوعية للوصية ، إلا أن هذا الأصل مقيد بنصوص القانون المصري باعتباره قانون موقع المال ، فإن تعلقت وصية الأجنبي بعقار في مصر ، وجب عليه شهرها ، إذ تنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري على أن " جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريقة التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية " ، فشهر الوصية واجب حتى ينتقل العقار من الموصى إلى ملكية الموصى له بعد موت الأول لأن الوصية ، بعقار أو منقول ، هى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا يترتب على التسجيل انتقال العقار في الحال فذلك قاصر على التصرفات المنجزة ، لكن إذا سجلت الوصية الواردة على عقار ، فإن الملكية تنتقل للموصى له فور موت الموصى ، أما إن كانت لم تسجل حتى موته ، فإن هذا لا يؤدي إلى بطلانها وإنما على عدم انتقال الملكية إلى الموصى له ويكون لورثة الموصى التصرف في العين باعتبارها من تركة مورثهم ، على أن للموصى له رفع دعوى بصحة ونفاذ الوصية يختصم فيها ورثة الموصى ، وبتسجيل الحكم الذي يصدر فيها لصالحه ، تنتقل الملكية ، وإن كانت التركة خاضعة لنظام التصفية ، فإن الوصية تخضع لنص المادة ٨٩٨ من القانون المدني فلا تنف إلا بمعرفة المصفى بعد تسوية ديون التركة ، وفيما عدا ما تقدم ، فإن الوصية تظل خاضعة لشروطها الموضوعية المنصوص عليها بقانون جنسية الموصى وقت موته ومن حيث الشكل للقانون الذي اختاره الموصى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدني " (أنور طلبة ، مرجع سابق ، منصور ، مرجع سابق ، هشام صادق ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع وفقا للمادة ١٨ من القانون المدني إنما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق

العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال في الدولة ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة في التركة " (الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦) وبأنه " إذ كان المشرع المصري قد أدخل الوصية ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية ، وكانت قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إنما تنصرف الى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغير ذلك من الأحكام الخاصة بنظام الأموال في الدولة ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية ، وكان مفاد المادة ١٧ من القانون المدني أن الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت يسري عليها قانون الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر وطبق قانون الموصى لا يكون قد خالف القانون " (الطعنان رقما ١٤٩ ، ١٥٠ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٧/٢٥) وبأنه " لئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد تخضع طبقا لنص المادة ١٧ من القانون المدني لقانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته ، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا ، فإن تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب في مصر وفقا لما تقضي به المادة ٢٨ من القانون المدني" (نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ س٣٠ ص٧٢٢)

- الشروط الشكلية للوصية : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ على أن " ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل التصرفات المضافة الى ما بعد الموت " ، والمقصود بالشكل هو إظهار الإرادة الى العالم الخارجي . فلما كانت قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، تختلف عن قاعدة الإسناد الخاصة بموضوع هذه التصرفات فإنه يتعين على القاضي الوطني إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بالوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت أن يحدد أولاً ما إذا كان النزاع يتعلق بالشكل أم بالموضوع ، ويعتبر ذلك من مسائل التكييف وبالتالي يخضع للقانون المصري باعتباره قانون القاضي ، ولكن تكون الوصية وسائر التصرفات الى ما بعد الموت صحيحة من الناحية الشكلية يجب إما أن يراعى الشكل الذي نص عليه قانون جنسية الموصى (أو المتصرف) وقت الإيصاء (أو وقت التصرف) أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية (أو التصرف) والواقع أن تقرير خضوع الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت من الناحية الشكلية لقانون محل الإبرام فيه تيسير على المتصرف ، إذ أنه من السهل عليه معرفة الشكل الذي يقرره قانون الدولة التي راد إبرام التصرف فيها . هذا فضلا عن أن خضوع شكل

التصرف لقانون محل الإبرام يعد من القواعد التقليدية التي استقر عليها العمل منذ المدرسة الإيطالية القديمة (سامية راشد ، عبد المنعم رياض ص٣٥٨) فإذا غير الموصى جنسيته بعد الإيصاء ، فإنه لا يعتد فيما يتعلق بالشروط الشكلية بقانون الجنسية الجديدة ، وإنما يتعين توافر الشروط الشكلية التي نص عليها قانون الجنسية القديمة باعتباره القانون الذي تم في ظله التعبير عن الإرادة ، فاليوناني المقيم في مصر مثلا ، يستطيع أن يوصى بأمواله الموجودة في مصر وفقا للشكل المقرر في قانونه وقت الإيصاء أو وفقا للشكل المحلي المصري ، والقانون المصري لا يستلزم شكلا معينا لإنشاء الوصية ، فيحوز أن تبرم الوصية بالعبارة أو بالكتابة بل يجوز أن تبرم بالإشارة ، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية على أن " تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما ، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة " ، وقد جاء بالفقرة الثانية من المادة المذكورة أنه " ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصى في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية ، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى ، وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ، كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها " ، وهذا الحكم ليس متعلقا بشكل الوصية اللازم لوجودها بل متعلق بإثباتها ، بمعنى أن وصية الأجنبي في جمهورية مصر تنعقد بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمة ، ولكنه إذا ما شاء الحصول على دليل إثبات نسمع به الدعوى تعين عليه إجراء الوصية في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية يكتبها بخطه ويضع عليها إمضاءه بورقة عرفية يصدق على توقيعه عليها ، والوصية التي تتم في الشكل المحلي في الجمهورية يتحقق الاحتجاج بها من عدمه في دولة أجنبية حسب ما تقضي به قواعد الإسناد في هذه الدولة ، وللمصريين أن يحرروا وصاياهم في الخارج إما في الشكل المحلي وإما حسب أحكام القانون المصري " (المستشار أنور طلبة ص٤٣٠ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدني المصري على أن " يسري على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الي تمت فيه الوصية ...." ، يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية في التشريع المصري بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما في الشكل المقرر في قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيته وإما في الشكل

المقرر في قانون البلد الي تتم فيه الو صية ، ولما كان اختيار المو صية لأول الطريقين والتجاؤها الى قنصل دولتها لتوثيق الوصية ، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصـــل طالما توافرت فيه الشـــرائط اللازمة لذلك الإجراء ، أخذا بقاعدة شـــكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسير جنبا الى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إبرامه وبمقتضاه يبرر الخروج على مبدأ الإقليمية في التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية ، ويلزم الموثق في هذه الحالة باتباع الشكل الي يقضي به قانون بلده وكان توثيق الوصية مو ضوع الدعوى بمعرفة القنصل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذ كان الخيار للموصـية في سـلوك أحد الطريقين المشـار إليهما لا يجعل الالتجاء الى الشـكل القنصـلي منطويا على مخالفة للنظام العام ، فإن النعى على الحكم يكون ولا محل له " (الطعن رقم ٢٧لسنة ٣٧ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

﴿ المـــــادة ١٨ ﴾

"يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية ، السوري م١٩ ، الليبي م١٨ ، السوداني م٢٦ ، العراقي م٢٤ .

وقد جاء عن هذه المادة بتقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بأن " حذفت من صدر المادة عبارة "وبنوع خاص طرق كسب هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها حتى لا يتبادر الى الذهن أن ثمة تعرضا بين هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها "حتى لا يتبادر الى الذهن أن ثمة تعرضا بين هذه المادة والمادة التي تسبقها مباشرة ، ولاسيما أن المقصود من العبارة المحذوفة هو إخضاع الميراث وما إليه بوصفه سببا من أسباب اكتساب الملك لقانون موقع المال وهذا الفرض مكفول بعموم العبارة ، فإذا كان قانون موقع المال يقضي مثلا بأن الوصية لا تنقل الملك في العقار إلا بالتسجيل فيجب تطبيق هذا القانون وهذا التطبيق يدخل في عموم عبارة " يسري على الملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار " .

﴿ الشـــــرح ﴾

- الأموال التي تخضع لحكم النص : النص لم يتناول سوى (الأموال المادية) أو بمعنى أدق (الأشياء المادية) أما الأموال أو الأشياء غير المادية مثل الحقوق الذهنية كحق المؤلف أو حق المخترع أو حق صاحب الرسم أو النموذج الصناعي فلم يتعرض لها النص ، وبالمثل فإن المشرع قد سكت عن بيان حكم الحقوق الشخصية عند النظر إليها بوصفها مالا معنويا ينصرف فيه صاحبه بنقله أو برهنه عن طريق الحوالة (هشام صادق ، مرجع سابق) والواقع أن تعبير (الأشياء المادية) هو الأقرب الى الصواب على أساس أن اصطلاح المال في القانون المدني الجديد يعني الحق المالي أيا كان ولو كان حقا شخصيا . فالقانون المدني الجديد يفرق بين الشيء وهو محل الحق المالي وبين المال وهو الحق المالي ذاته ، ومع ذلك فإن استخدامنا لاصطلاح (المال) على أساس أنه (الشيء) قد روعى فيه مجاراة المألوف في فقه القانون الدولي الخاص ، خاصة وأن الغالب أن يتقرر على (الشيء) حقا ماليا فيعتبر مالا (راجع في نفس الاتجاه الدكتور عز الدين عبد الله ص٣٦٩ هامش ١ ، والدكتور منصور مصطفي منصور ص٢٨٦ هامش ١)
- كيفية تحديد موقع العقار : ولا يثير تحديد موقع العقار أدنى صعوبة . كل ما في الأمر هو أن التساؤل قد يثار فيما لو وقع العقار على الحدود الفاصلة بين إقليمى دولتين مختلفتين ، ويبدو أن الفقه لم يتردد في التسليم بضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد هذا الجزء من العقار على إقليمها . (هشام صادق ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع للمادة ١٨ من القانوني المدني إنما تنصرف الى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال في الدولة ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة في التركة " (الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦) وبأنه " مفاد نص المادة ١٨ من القانون المدني أنه يدخل في مجال إعمال قانون موقع العقار وبيان طرق كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها ، سواء كانت خاصة بهذه الحقوق كالاستيلاء والتقادم المكسب أو غير خاصة بها كالعقد وسواء ترتب على العقد نقل الملكية في الحال أم ترتب عليه الالتزام بنقل الملكية ، وإذ اغفل المشرع النص في المادتين ١٨ ، ١٩ من القانون المدني على خضوع التصرف المترتب عليه كسب الحق العيني أو تغييره أو زواله من حيث الشكل و شروط الصحة لقانون موقع العقار على غرار ما فعل القانون البولوني الذي استقى منه المشرع نص المادتين المذكورتين ، فإن

العقد المتعلق بعقار يخضـــع لقانون موقعه من كافة الوجوه فيما عدا الأهلية التي تظل خاضـــعة لسلطان القانون الشخصي ، والشكل الخارجي للمتصرف الذي يظل خاضع لقانون محل إبرامه " (الطعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٥/٢٧)

- ما يدخل في مجال إعمال قانون موقع العقار ، قد قضـــت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ١٨ من القانون المدني أنه يدخل في مجال إعمال قانون موقع العقار بين طرق كســـب الحقوق العينية وانتقالها وانقضـائها ، سـواء كانت خاصـة بهذه الحقوق كالاسـتيلاء والتقادم المكسب أو غير خاصة به كالعقد وسواء ترتب على العقد نقل الملكية في الحال أم ترتب عليه الالتزام بنقل الملكية ، وإذ أغفل المشرع النص في المادتين ١٨ ، ١٩ من القانون المدني على خضــوع التصــرف المترتب عليه كسـب الحق العيني أو تغييره أو زواله من حيث الشـكل وشــروط الصــحة لقانون موقع العقار على غرار ما فعل القانون البولوني الذي اسـتقى منه المشــرع نص المادتين المذكورتين ، فإن العقد المتعلق بعقار يخضــع لقانون موقعه من كافة الوجوه فيما عدا الأهلية التي تظل خاضـعة لسـلطان القانون الشـخصـي ، والشـكل الخارجي للتصــرف الذي يظل خاضــعا لقانون محل إبرامه" (الطعن رقم ٢١٦ لســنة ٣٨ق جلســة ١٩٧٣/٥/١٧)
- تحديد قانون موقع المنقول : حيازة المنقول والحقوق العينية المترتبة عليه تخضـــع بدورها لقانون موقع العقار أى قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق الســبب الذي ترتبت عليه كســـب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها ، وعلى ذلك فليس هناك صـــعوبة في تحديد موقع المنقول كقاعدة عامة . إذ يخضـــع المنقول لقانون موقعه الفعلي أو الحقيقي ، ومع ذلك فإن الأمر يدق بالنسبة لتحديد موقع وسائل النقل مثل السفن والطائرات ، ومن جهة أخرى فقد تثور الصــعوبة في شــأن تحديد القانون الواجب التطبيق على البضـائع أثناء النقل ، وحالة تغيير موقع المنقول بصـــفة عامة . أما بالنســبة الى الســفن والطائرات فتخضـع لقانون العلم أى قانون الدولة التي تسجل أو تقيد فيها بغض النظر عن قانون الموقع الفعلي إلا إذا كانت من السفن التي تقوم بالملاحة الداخلية فتخضع لقانون الموقع الفعلي ، وأما بالنسـبة الى البضـائع أثناء نقلها فالراجح خضـوعها لقانون الدولة التي تتجه إليها وأن قصـر البعض هذا الحكم على البضـائع المشـحونة براً دون البضـائع المشـحونة على السـفن حيث أخضعها لقانون المالك الشخصي لها . أما عن تغير موقع المنقول بصفة عامة فلا يثير مشكلة إلا في حالة ما إذا تحقق ســبب كســب أو فقد الحق العيني على المنقول في موقع قديم ثم نقل المنقول الى موقع جديد وقد ذهب رأى الى تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري مباشر غير أن الرأى الراجح يرى أنه في ظل القانون المصــــري يتعين إعمال قانون الموقع القديم على

الحقوق التي ترد على المنقول ولو تغير موقعه . فإذا اكتملت عناصـــر اكتســـاب الحق وفقا لقانون الموقع القديم وجب الاعتراف بهذا الحق ولو انتقل المنقول الى موقع لا يكتفي قانونه بما كان قد توافر من عناصر فإذا حاز شخص منقولا بسبب صحيح وبحسن نية في بلد يرتب على ذلك كسب ملكيته بقيت له الملكية ولو انتقل المنقول الى بلد لا يعترف للحيازة بهذا الأثر مع ملاحظة أن نفاذ الحق الذي اكتســب صــحيحا وفقا لقانون الموقع القديم في الموقع الجديد الذي انتقل إليه المنقول تقتضـــي أن يكون الحق من الحقوق التي يقرها قانون الموقع الجديد لأنه من غير المقبول أن يفرض عليه الاعتراف بحق يجهله نظامه القانوني . أما عما يخوله الحق من سلطات فهو يخضع لقانون الموقع الفعلي وهو قانون الموقع الجديد . (هشام صادق بندى ٢١٠ ، ٢١١ – عز الدين عبد الله بندى ١٢٤ ، ١٢٦ – حامد ذكي بند ١٩٤ – جابر بند ١٦٠ ، ١٦١ – منصور بند ١٠٨)

- مجال إعمال قانون موقع المال : يختص قانون موقع المال وفقا للمادة ١٨ من القانون المدني بكل ما يتصـــل بالحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى . أى أنه يختص بما جرى فقه القانون الدولي على تسميته بمركز الأموال أو نظامها ويشمل نظام الأموال. ١- بيان المركز القانوني للأموال من حيث جواز التعامل فيها من عدمه : كذلك بيان الأوصاف القانونية للمال ، وبصـفة خاصـة ما إذا كان يعد عقار أو منقولا . فقد مضـت الإشـارة الى أن تحديد وصـف المال لا يعرض في القانون المصـــري عادة إلا باعتبار تكييفا لاحقا ، ومن ثم فهو يخضـــع للقانون المختص بحكم النزاع ، أى قانون الموقع . ٢- بيان أحكام الحيازة من حيث كســبها ، وانتقالها ، وزوالها ، وو سائل حمايتها ، وآثارها سواء بالنسبة لكسب الحقوق أو إسقاطها ، ومدى اعتبار الحيازة قرينة على الحق ، ومدى تعلق حق الحائز بالثمار (منصـور مصـطفي منصـــور ص٢٩٨ ، شـــمس الدين الوكيل ص١٧١) ٣- بيان الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على المال عقارا كان أو منقولا ، وما إذا كانت واردة على سبيل الحصر أو على سبيل المثال . كذلك فإن قانون الموقع هو الذي يحدد مضمون الحق العيني ، والسلطات التي يخولها لصـــاحبه ، ونطاقها والقيود التي ترد عليها . فهو الذي يبين مضـــمون حق الملكية مثلا وما يخوله لصاحبه من تصرف وا ستغلال وا ستعمال ، وبالمثل فإن قانون الموقع هو الذي يحدد مضمون الحق العيني التبعي ومدى ما يكفله للدائن من سلطات ، ويلاحظ البعض مع ذلك أنه لا يكفي أحيانا لتقرير الحق العيني أن يكون قانون الموقع يجيز تقرير الحق ، بل قد يتعين أن يكون الحق مقررا أيضـــا في قانون آخر . فالرهن القانوني الذي تقرره بعض التشـــريعات للزوجة على أموال زوجها يخضـع للقانون الذي يحكم آثار الزواج ، وبشـرط أن يكون قانون الموقع لا يجهل هذا الحق (عز الدين عبد الله ص٣٧٤ ، منصـــور ص٢٩٣) كذلك فإنه لا

يكفي في نظر البعض أن يكون قانون الموقع يجيز حق الامتياز ، بل يتعين فوق ذلك أن يكون الحق مقررا في القانون الذي يحكم الدين (عز الدين عبد الله ص٣٧٦) ويؤكد الفقه خضوع شرط المنع من التصرف ، بوصفه قيد على سلطة المالك في التصرف ، لقانون الموقع . فهذا القانون هو الذي يسري في شأن شروط صحة شرط المنع وآثاره ، ومع ذلك فلما كان مصدر هذا الشرط هو تصرف قانوني ، عقدا كان أو وصية ، فإنه يتعين أن يقع هذا الشرط صحيحا أيضا وفقا للقانون الذي يحكم التصرف (شمس الدين الوكيل ص١٧١ ، منصور ص٢٩٠)

٤- بيان طرق كسب الملكية والحقوق العينية وانتقالها وانقضائها : وإذا كان قانون الموقع هو الذي يسري على بيان مصادر الحقوق العينية كأصل عام فإن الأمر يقتضي بعض الإيضاح (أ) هناك مصادر للحق العيني تخضع في جملة أحكامها لقانون الموقع : وهذه المصادر هى الحيازة والاستيلاء والالتصاق والشفعة (منصور ص٢٩٠ ، شمس الدين الوكيل ص١٧٢) .

(ب) وعلى العكس من ذلك فإن هناك مصادر للحق العيني تخضع كأصل عام للقانون الشخصي ، فقد مضت الإشارة الى أن كل من الميراث والوصية تخضع لقانون الجنسية ، ومع ذلك فقد رأينا قانون الموقع هو الذي يسري بالنسبة لبعض المسائل مثل مدى تعلق حقوق الدائنين بالتركة وشهر حق الإرث وشهر الوصية . كذلك أن المرجع في تنظيم حالة الشيوع بين الورثة أو بين هؤلاء والموصى له هو قانون موقع المال (انظر نقض ١٩٦٠/٥/٢٦ مجموعة النقض س١١ ص٤٢١) . (جـ) أما بالنسبة للعقد كمصدر للحق العيني فإن مؤدى المادة ١٨ من القانون المدني هو خضوع أثر العقد في إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله لقانون الموقع . فإذا كان قانون الموقع يرتب هذا الأثر على العقد وحده كما هو الشأن في فرنسا ومصر ، ترتب الأثر العيني على هذا النحو دون حاجة الى أى إجراء آخر ، وعلى العكس فإذا كان قانون الموقع يستلزم اتخاذ إجراء كعين مثل التسليم أو الشهر ، فلا يترتب الأثر العيني إلا باستيفاء هذا الإجراء (منصور ص٢٩١ ، شمس الدين الوكيل ص١٧٢) أما بالنسبة للعد ذاته بوصفه تصرفا قانونيا ، وسواء بالنسبة لشروطه أو ما يترتب عليه من التزامات بين المتعاقدين ، فهو يخضع كما رأينا لقانون الإرادة أو للقوانين الأخرى التي أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة ١٩ مدني في شأن الالتزامات التعاقدية (هشام صادق بند ١٨٥) ومع ذلك فقد مضت الإشارة الى أن الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القانون المدني قد قررت استثناء هاما فأخضعت العقود المتعلقة بعقار لقانون الموقع في جميع الأحوال ، وسواء تعلق العقد بإنشاء حق عيني أو نقله أو زواله ، أو كان العقد مرتبا لمجرد حق شخصي كما هو الشأن بالنسبة لإيجارات العقارات (هشام صادق ، مرجع سابق) وبهذا يمكن القول بأن المشرع المصري قد فضل إخضاع العقد المتعلق بعقار في مجموعه الى قانون الموقع ، ولم

يقتصر على النص على سريان هذا القانون في شأن الثر العيني المترتب على العقد كما هو الحال بالنسبة للعقود الواردة على منقول ، ولا يستثنى من مجال تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقود المتعلقة بعقار سوى الأهلية والشكل ، فقد رأينا أن الأهلية تخضع في جميع الأحوال لقانون الجنسية وفقا للمادة ١١ مدني ، كما وأن شكل التصرف يخضع دائما للقاعدة الواردة في المادة ٢٠ من القانون المدني (شمس الدين الوكيل ص١٧٢ ، منصور ص٢٩١) . (د) أما بالنسبة للحقوق العينية التي يعتبر القانون مصدرا مباشرا لها كما هو شأن الرهن القانوني الذي تقرره بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها ، أ، للقاصر على أموال الوصى ، فقد مضت الإشارة الى أنه لا يكفي أن يقرر قانون الموقع الحق العيني التبعي في هذا الفرض ، بل يتعين فوق ذلك أن يكون الحق مقررا في القانون الذي يحكم الدين المضمون ، ولا يختلف الأمر بالنسبة لحقوق الامتياز ، إذ يتعين أن يكون الحق مقررا كما رأينا في كل من قانون الموقع والقانون الذي يحكم الدين الممتاز ، وعلى ذلك فإن حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار كائن في مصر تخضع للقانون المصري بوصفه قانون الموقع ، وكذلك باعتباره القانون الذي يحكم الدين الممتاز لأن هذه الحقوق كلها تنشأ من عقود أبرمت في شأن العقار ، وهذه تخضع – كما رأينا – للقانون المصري وفقا للمادة ٢/١٩ من القانون المدني (منصور ، مرجع سابق) . (هـ) ونشير في النهاية الى أن حكم القاضي قد يكون مصدرا للحق العيني كما هو الشأن بالنسبة لحق الاختصاص في مصر ، ولا شك عندنا في أنه لا يجوز تقرير حق اختصاص بناء على حكم أجنبي يجيز قانون القاضي الذي أصدره تقرير مثل هذا الحق للمحكوم له على أموال المحكوم عليه ، مادام أن قانون دولة الموقع يجهل هذا الحق (عز الدين عبد الله ص٥٧٤) أما لو كان قانون موقع المال يجيز تقرير حق الاختصاص كما هو الشأن في مصر (م١٠٨٦ من القانون المدني) فإنه يجوز للمحكوم لصالحه بمقتضى حكم أجنبي واجب التنفيذ في مصر أن يطلب تقرير حق الاختصاص الذي أصدر الحكم يجهل هذا الحق (عز الدين عبد الله ص٣٧٤) ٥- وأخيرا فإن أحكام الشهر تعد من المسائل الداخلة في فكرة مركز الأموال وتخضع بالتالي لقانون الموقع ، وذلك سواء كان الشهر لازما لنشأة الحق كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الأصلية ، أو كان الشهر متطلبا لنفاذ الحق في مواجهة الغير كما هو شأن الحقوق العينية التبعية . (عز الدين عبد الله ص٣٩٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر المبدأ الصحيح في خصوص مجال إعمال قانون موقع المال وذلك بقوله أن هذا المجال لا يتعدى بيان كال ما يعتبر من نظام الأموال وتحديد الحقوق وما يعتبر منها أصليا وما يعتبر تبعيا وحدود كل منها وآثاره وبيان طرق كسب هذه الحقوق وانقضائها وانتقالها إلا أنه عند تطبيق هذا المبدأ على واقعة

الدعوى التي يتناول النزاع فيها تكييف حق الانتفاع في العقار وتقويمه وهل يعتبر قيدا على حق الملكية أم حقا ماليا قائما بذاته فيجوز تقويمه والإيصـــاء به – قرر أن حق الانتفاع الموصـــى به يعتبر قيدا على حق الملكية إعمالا لنصـوص القانون اليوناني في حين أنه كان يتعين الرجوع الى قانون موقع المال وهو القانون المدني المصـــري فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦)

- أثر التأميم على نظام الأموال : تخضـــع الملكية للقيود الواردة بالقانون ، ويعتبر التأميم والاسـتيلاء من بين هذه القيود ، وينصـــرف التأميم الى مرفق من المرافق ، كمرفق المياه أو الإنارة او النقل ، وقد ينصـــرف الى مشـــروع إنتاجي كمصـــنع أو شـــركة ، ويتم بنقل الملكية مباشرة الى الدولة أو بنقل ملكية الأسهم إليها مع احتفاظ المشروع بكياته القانوني أو بسحب الالتزام من المرفق العام بعد المدة المحددة له أو قبل ذلك . أما الاســـتيلاء فيرج على عقار مملوك لشـخص مثلما فعل المشـــرع المصـــري عندما أصـــدر القانون رقم ١٥ لسـنة ١٩٦٣ بالاسـتيلاء على الأراضـي القابلة للزراعة والبور والصـحراوية المملوكة للأجانب بما عليها من منشآت وآلات ما لم تكن هذه الأراضي قد تم التصرف فيها الى أحد المصريين بتصرف ثابت التاريخ قبل ١٩٦١/١٢/٢٣ وهو التاريخ الذي أفصـــحت فيه الحكومة عن عزمها على الاستيلاء على هذه الأراضي ، ولما كان المشرع لا يحاج بالحقوق التي اكتسبها الأشخاص ، ســـواء كانوا وطنيين أو أجانب ، ومن ثم فلا جدال في حقه في التأميم أو الاســـتيلاء ، وتنتقل الى الدولة الملكية بموجب ذلك في الحدود التي أفصـــح عنها القانون وبالشـــروط الواردة به ، فالأموال الداخلة في نطاق التأميم – أو الاســـتيلاء – تنتقل ملكيتها الى الدولة . أما الخارجة عن نطاقه فتظل على ذمة مالكها ، فإن كانت الأموال الداخلة في نطاق التأميم ، موجودة في مصـــر ، فإنها تخضـــع لقانون موقعها وهو القانون المصـــري وقد انتقلت الملكية بموجبه الى الدولة ، ومن ثم فليس لقاضي أجنبي أن يخالف أحكام هذا القانون لأية مبررات حتى لو كانت قاعد الإسناد في قانونه تخضع النزاع لقانون غير قانون موقع المال ، إذ يصطدم حينئذ الحكم الأجنبي بأســـس النظام العام في مصـــر مما يحول دون الأمر بتنفيذه ، وبديهي أن يصـــدر القانون وفقا لأحكام الدسـتور بتقرير تعويض وإلا جاز الطعن بعدم دسـتوريته وتعرض لعدم النفاذ الدولي في الخارج ، وتخضـــع لذات القاعدة المتقدمة ، الســـفن والطائرات عندما تكون خارج إقليم دولة التأميم إذ تخضـــع لقانون علمها وهو قانون هذه الدولة ، ومن ثم يحق للدولة استردادها دون أن يكون لمالكها السابق أن يدفع هذا الطلب بحقه المكتسب الذي يترتب عليه النفاذ الدولي الحقوق ، لأن المشـــرع الذي أصـــدر قانون التأميم لا يحاج بالحقوق المكتسـبة ، وأن الملكية بعد أن كانت للحائز أصبحت للدولة مما ينفي عنه صفة المالك للحق محل النزاع

وهو ما يكفي لعدم إعمال قاعدة النفاذ الدولي للحقوق لأن مجالها أن يكون الشخص مالكا وفقا لقانون موقع المال ، وفقا للتفصيل التالي ، وبالنسبة للسيارات المملوكة للمشروع المؤمم إن كانت تسـير في خطوط دولية ، فإنها تخضـع لقانون موقعها الفعلي ، وهو موطن مالكها ، وطالما كان هذا الموطن في إقليم دولة التأميم ، فإن الملكية تنتقل الى هذه الدولة بموجب التأميم ، مما يخولها الحق في استردادها من حائزها في أية دولة تكون طالما كان هذا الحائز نائبا عن المالك السابق ، فإن كان الحائز ليس نائبا ، وإنما حاز لسيارة بسبب صحيح وحسن نية ، وكانت هذه القاعدة مقررة بالقانون الأجنبي الذي يخضـع له النزاع أدى ذلك الى انتقال الملكية للحائز مما يحول دون الاسـترداد . أما إن كانت أموال المشـروع المؤمم والموجودة بالخارج ، عبارة عن عقار وكان قانون موقعه لا يحظر التأميم ، انتقل العقار الى الدولة المؤممة ، باعتبار أن قانون التأميم هو الأداة التي انتقلت بها الملكية الى هذه الدولة وليس في ذلك مخالفة للنظام العام بالنسبة لقانون الموقع لأنه لم يحظر التأميم ، أما إن كان يحظره ، فإن الملكية لا تنتقل إلى الدولة المؤممة ، لأن قانون التأميم حينئذ يكون مخالفا للنظام العام بالنسبة لقانون الموقع ، وفقا للتفصيل الآتي ، فالحق الذي ينشأ في دولة القاضي يخضع لمقتضيات النظام العام المقررة في قانونه ، بحيث أن خالفت هذه النشـأة تلك المقتضـيات ، كما لو كان سبب التصرف غير مشروع في قانون القاضي بينما هو مشروع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، فإن التصـرف يكون مخالفا للنظام العام ، أما إذا نشـأ الحق في دولة أجنبية وتم التمسك بآثار التصرف أمام القاضي الوطني ، فإنه ينظر إلى تلك الآثار التي طلب إليه الفصل فيها ، ومن ثم لا يجوز له بحث نشأة التصرف ولو دفع أمامه بمخالفتها للنظام العام في قانونه طالما أن المطروح عليه هو آثار التصـرف وليس فيها ما يخالف النظام العام إذ يكون النفاذ الدولي للحق أى الحق المكتسب لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي . أما أن تحقق هذا التعارض آثار الدفع المتعلق بالنظام العام وتعين على القاضـي اسـتبعاد تطبيق القانون الأجنبي . مثال ذلك ، أن يصدر قانون بتأميم أصول إحدى الشركات دون تعويض ، وتكون بعض هذه الأصول موجودة في دولة القاضي ، كطائرة أو سفينة أو سيارة أو أموال مودعة ، وترفع دعوى بالمطالبة بها ، وحينئذ يجد القاضـي أن نفاذ الحق أى آثار التأميم يتعارض مع مقتضـيات النظام العام في قانون الذي ينص على حرمة حق الملكية وأن هذا الحق لا يجوز نزعه بغير تعويض وطالما أن المالك لم يعوض عن تأميم أملاكه ، فإنه لا يجبر على تسليم ما في حيازته منها ولذلك تكون الدعوى واجبة الرفض ، وقد طبقت محكمة النقض الفرنسـية هذا المبدأ عندما أممت روسـيا الأسـاطيل البحرية بدون تعويض ، وطلبت إلى القضـاء الفرنسـي تقرير ملكيتها للبواخر الموجودة ميناء مرسـيليا الفرنسـي ، فرفض

دعواها لأن تعويضـــا لم يدفع لمالكها وأن نزع الملكية على هذا النحو يتعارض – كأثر لنفاذ الحق – لمقتضيات النظام العام في فرنسا ، وهو ما يصدق بالنسبة لمصر أيضا ، إذ تنص المادة ٣٤ من الدستور على أن الملكية الخاصة مصونة ولا تنزع إلا مقابل تعويض ومن ثم فإذا خالفت القانون الأجنبي ذلك تعين اســتبعاد لمخالفته للنظام العام . (أنظر أنور طلبة ، مرجع سابق ، هشام صادق بندى ٢٢٩ ، ٢٣٠)

《 المـــادة ١٩》

"يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحداً موطناً، فإن اختلفا موطناً، ســرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.

على أن قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

《 التعليـــق 》

هذا النص يقابل من نصـــوص المواد العربية الســوري م٢٠، الليبي م١٩، العراقي م٢٥، السوداني م٢٧.

《 الشـــرح 》

- قاعدة خضـــوع العقد لقانون الإرادة : المقصـــود بالالتزامات التعاقدية التي تخضـــع لقانون الإرادة هي الالتزامات المتولدة عن عقد دولي ، أي عن عقد يتضمن عنصراً أجنبياً. ففي هذه الحدود فقط يتعين إعمال قاعدة الإســناد الخاصـــة بالالتزامات التعاقدية (هشـــام صـــادق بند ١٨٤). ويتضـح من هذا النص أن المشـرع قد اعتد أسـاسـاً بالإرادة الصـريحة أو الضـمنية كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية. ولا صعوبة في الأمر بالنسبة للإرادة الصريحة. أما إذا سكت المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون معين ، فعلى القاضي أن يكشـف عن إرادتهما الضـمنية من ظروف وملابســات التعاقد، وهى مسـألة موضــوعية لا تخضـــع لرقابة محكمة النقض (منصـــور ص٣١٠- الوكيل ص١٥٩). ويشـــير الفقه إلى أن حرص المتعاقدين على النص على إخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معينة يعد دلالة على رغبتهما الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة (منصور ٥٩). كذلك فإن إشارة المتعاقدين لنصوص قانون معين ، أو استخدامهم للاصطلاحات المقررة في هذا القانون ، قد يســتفاد منه اتجاه إرادتهم الضـــمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه (هشـــام صـــادق بند ١٨٤). ويضـــيف البعض أن تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة قد يفيد رغبة الخصـــوم في الخضـــوع لقانون هذه الدولة، كذلك فإن اللغة التي يحرر بها العقد قد يستشف منها اتجاه الإرادة نحو الاعتداد بقانون معين (عبد الله – ص٤٢٣). وقد حكم القضاء

المختلط بأن اتفاق المتعاقدين على بلد معين لتنفيذ العقد قد يستشف منه رغبتهما في إخضاع العقد لقانون هذا البلد (استئناف مختلط ١٩٠١/٥/٢٩ مجلة التشريع والقضاء س١٣ ص٣٧٧). أما إذا لم توجد إرادة صريحة، ولم يستطع القاضي أن يستشف من ظروف التعاقد رغبة المتعاقدين الضمنية في تطبيق قانون معين، فإن مؤدى نص المادة ١٩ من القانون المدني هو تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً. فإن اختلفا موطناً تعين على القاضي أن يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد. وبهذا حسم المشرع المصري مشكلة كيفية تركيز الرابطة التعاقدية فيما لو تخلفت الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، وقد أغنانا المشرع المصري من عناء البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فيما لو سكت المتعاقدين عن إعلان رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين، وتعذر على القضاء استخلاص إرادتهم الضمنية من ظروف وملابسات الحال، فنص صراحة كما رأينا على تطبيق قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو قانون بلد إبرام العقد فيما لو اختلفا موطناً. فكأن المشرع قد تولى بنفسه تركيز العلاقة التعاقدية فيما لو سكت المتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً (الدكتور هشام صادق بند ١٨٤ – منصور ص١٢٨- الوكيل – مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن "تحصيل الحكم لما ود بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي، بما يؤدي إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة في المادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحري أو لا يفيد ذلك، يعد من قبيل فهم الواقع في الدعوى مما يستقل به قاضي الموضوع ، مادام قد أقام قضاءه في هذا الخصوص على أسباب تحمله" (الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩) وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى أن التعاقد على شحن البضاعة المؤمن عليها بمعرفة الطاعنة ثم بمشارطة إيجار لا تخضع لأحكام معاهدة سندات الشحن، أعمل ما تم اتفاق الطرفين عليه من تطبيق أحكام قانون نقل البضائع بحراً الصادر بانجلترا في سنة ١٩٢٤ – والقواعد الملحقة به، وكانت المادة الرابعة من تلك القواعد تقضي بعدم مسئولية الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج عن أعمال أو إهمال أو خطأ البحارة أو المرشد أو مستخدمي الناقل في الملاحة أو في إدارة السفينة، وكان تحصيل الحكم لما ورد بمشارطتي الإيجار وسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق القانون المذكور هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى مما يستقل به قاضي الموضوع متى كان سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق ويكفي لحمل قضائه، فإن المحكمة لا تكون بعد ملزمة بتتبع أسباب الحكم الابتدائي – الذي ألغته – والرد عليها ويكون النعي بما ورد في هذا السبب على غير أساس" (طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٦/١٣) وبأنه "النص في المادة ١٩ من القانون المدني على أن يسري على

الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي توجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه يدل على أنه يتعين الوقوف ابتداء على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فإذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادتهما في هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها العقد" (الطعن رقم ١١١٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٤) وبأنه "تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي بما يؤدي إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحري أو لا يفيد ذلك هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من قبيل فهم الواقع في الدعوى مما يستقل به قاضي الموضوع، مادام قد أقام قضاءه في هذا الخصوص على أسباب تحمله" (الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٣) وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى أن التعاقد على شحن البضاعة المؤمن عليها بمعرفة الطاعنة تم بمشارطة إيجار لا تخضع لأحكام معاهدة سندات الشحن، أعمل ما تم اتفاق الطرفين عليه من تطبيق أحكام قانون نقل البضائع بحراً الصادر بانجلترا في سنة ١٩٢٤ – والقواعد الملحقة به، وكانت المادة الرابعة من تلك القواعد تقضي بعدم مسئولية الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج عن أعمال أو إهمال أو خطأ البحارة أو المرشد أو مستخدمي الناقل في الملاحة أو في إدارة السفينة وكان تحصيل الحكم لما ورد بمشارطتي الإيجار وسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق القانون المذكور هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى مما يستقل به قاضي الموضوع متى كان سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق ويكفي لحمل قضائه، فإن المحكمة لا تكون بعد ملزمة بتتبع أسباب الحكم الابتدائي – الذي ألغته – والرد عليها ويكون النعي بما ورد في هذا السبب على غير أساس" (الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٦/١٣)

- ما يشترط لأعمال قانون الإدارة: أولاً: أن يكون القانون الذي اختاره المتعاقدين على صلة بالعقد : بحيث يرتبط بعناصر العقد على نحو أو آخر. وبهذه المثابة يستطيع المتعاقدان اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه، أو قانون محل تنفيذ العقد، أو قانون موقع المال محل التعاقد ، وبل يجوز للمتعاقدين اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة للعقد المراد إبرامه، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي ينظم بعض عقود التأمين البحري وتجارة الحبوب. (شمس الدين الوكيل – ص١٦٠-١٦١ – عز الدين عبد الله بند ١٣٤ – منصور ص ٣٠٩ و٣١٠ – هشام صادق بند ١٨٤) ثانياً: انتفاء الغش والتحايل على القانون : فقد يحاول المتعاقدان أن يصطنعا العنصر الأجنبي في العقد حتى يفلتا من الأحكام

الآمرة في القانون الوطني، "كما لو سافر مصريان إلى إيطاليا لإبرام عقد قرض فيما بينهما والاتفاق على إخضاعه للقانون الإيطالي، وذلك لمجرد الهرب من الأحكام الآمرة الخاصة بالفوائد في القانون المصري. (عز الدين عبد الله – ص٤٢٧) ثالثاً: أن يكون قانون الإرادة غير مخالف للنظام العام في مصر: يتعين استبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد، سواء كان هو قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام، وذلك فيما لو تعارض هذا القانون مع النظام العام في مصر. ومثال ذلك في رأي البعض أن يجيز هذا القانون الاتفاق على فائدة تزيد على الحد الأقصى للفائدة في القانون المصري. (عز الدين عبد الله ص٤٣٨) رابعاً: أن يكون قانون الإرادة مشروعاً ومتفقاً مع أحكام القانون : فإذا كان قانون الإرادة مصطنعاً فيجب استبعاده وتطبيق القانون المصري بدلاً منه.

- قانون موقع العقار يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار ، فقد قضت محكمة النقض بأن "النص في الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني يدل على أن المشرع اعتد أساساً بالإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية فإذا سكت المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون معين أو إذا لم تتحد الإرادة الصريحة أو الضمنية وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها التعاقد إلا أنه استثناء من هذه القاعدة نص في الفقرة الثانية من المادة المشار إليها على أن "قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار" وعلى ذلك فإن كافة العقود المتعلقة بعقار موجود في مصر تخضع للقانون المصري سواء كانت تتعلق بحق شخصي كعقد الإيجار أو تتعلق بحق عيني كعقد البيع" (الطعن رقم ٨٧١٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٩/٣/١٤)
- نطاق تطبيق قانون الإرادة: يستبعد ابتداء ما يخص أهلية التعاقد وما يتعلق بشكل التصرف إذ يخضع كل منهما للقاعدة الخاصة به ويبقى بعد ذلك ما يتصل بتكوين العقد ويشمل التراضي والمحل والسبب والبطلان، أو بآثار العقد سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع . أولاً: التراضي : لا خلاف بين الفقه في وجوب استبعاد ما يتعلق بوجود الإرادة، على أساس أن هذه المسألة تدخل في مضمون فكرة الأهلية، وتخضع بالتالي لقانون الجنسية وفقاً للمادة ١١/مدني. أما وقد استبعدنا مسألة وجود الإرادة، فإن قانون العقد هو الذي يسري على كل ما يتصل بالتعبير عن الإرادة وهل يشترط أن يكون التعبير صريحاً أو ضمنياً، وهل يعتد بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة ، ومتى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره. كذلك حكم السكوت، وهل يمكن اعتباره قبولاً من عدمه، وكيفية تحديد زمان ومكان العقد الذي يتم بين غائبين. كما يدخل في مضمون الفكرة المسندة أيضاً كل ما يتعلق بعيوب الإرادة ومدى أثرها

على صـــحة التعاقد. غير أن فريقاً من الشـــراح يرى إخراج بعض هذه المســـائل من مجال تطبيق قانون العقد. فهم يرون عدم خضـــوع تحديد زمان ومكان العقد المبرم بين غائبين لقانون العقد وإخضـــاعهما لقانون القاضـــي باعتبار أن الأمر يتعلق في هذه الحالة بتكييف المسألة التي أعطاها وصف العلاقة التعاقدية وذلك للتوصل لمعرفة قاعدة الإسناد. كذلك يرى بعض الفقهاء عدم خضـوع عيوب الإرادة لقانون العقد وإخضـاعها للقانون الشـخصـي لمن صدرت منه الإرادة تأسيساً على أن القواعد المتعلقة بهذه العيوب تهدف إلى حماية الشخص نفســه. كما يرى بعض الفقه عدم خضــوع السـكوت ومدى اعتباره تعبيراً عن القبول لقانون العقد ووجوب إخضـــاعه لقانون مركز أعمال من وجه إليه الإيجاب أو قانون محل إقامته والقول بغير ذلك من شــأنه مفاجأة من وجه إليه الإيجاب بحكم لا يعرفه. (هشــام صــادق – المرجع السابق ص٣٦٦ بند ١٨٤- منصور ص١٢٨ –سامية راشد - مرجع سابق- شمس الدين الوكيل ١٦٣) ثانياً: المحل : يحدد قانون العقد، الشـــروط الواجب توافرها في المحل من حيث الوجود ومكان الوجود فقد يكون شيئاً مستقبلاً، عملاً أو امتناع عن عمل، ومن حيث الإمكان فيجب أن يكون ممكناً وليس مســتحيلاً، ومن حيث التعيين، ومن حيث عدم مخالفة المحل للنظام العام أو الآداب بأن يكون قابلاً للتعامل فيه وفقاً لقانون العقد ولقانون محل التنفيذ ولقانون القاضـــي، فإن كان التعامل في المحل مشـــروعاً وفقاً لقانون العقد ولقانون التنفيذ في حين يعتبر غير مشروع في قانون القاضي، التزم القاضي بتطبيق قانونه، مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان على فوائد ربوية ويحددان القانون الواجب التطبيق وهو يجيزها على أن يودعها المدين لدى بنك في دولة يقر قانونها هذه الفوائد، ونظراً لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، يلجأ الدائن إلى قاضٍ في البلد الذي يتوطنان به لإلزام المدين بالتنفيذ ويكون قانون القاضـــي يحرم الفوائد الربوية وحينئذٍ يرفض القاضي الدعوى لعدم مشروعية المحل وذلك لأن محل الالتزام عندما يكون عملاً فإنه يخضــع لقانون محل التنفيذ، فإن كان هذا القانون هو قانون القاضـــي، التزم بقانونه. أما إن كان المحل شـــيئاً فإنه يخضـــع من حيث قابليته للتعامل لقانون موقعه. (أنور طلبة – مرجع سابق- هشام صادق – مرجع سابق) ثالثاً : السبب : بالنسبة للسبب فيتفق الفقه الراجح على إخضاعه بدوره لقانون العقد، مع ملاحظة القيد الخاص بالنظام العام. إذ يتعين اســتبعاد أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون القاضي. إذ لا يتصور بداهة أن يقضى بصحة العقد في دولة القاضي إذا ما كان يقوم على سبب غير مشروع. (هشام صادق- مرجع سابق بند ١٨٥)

- البطلان كجزاء مترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شـــرط من شـــروط صـــحته: الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرطا من شروط صحته هو أمر يدخل فى مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية، ويخضع بدوره للقانون الذي يحكم العقد. فهذا القانون هو الذي يحدد متى يعتبر العقد باطلاً ومتى يعد قابلاً للإبطال. كما يرجع للقانون الذي يحكم العقد لتحديد من يجوز له التمسك بالبطلان. (منصـور مصـطفى منصـور – المرجع السـابق ص٣١٩) أما الالتزام بالرد أو بالتعويض فهي لا تخضع لقانون العقد على أساس أنه لا يتعلق بفكرة الالتزامات التعاقدية وعلى ذلك فإنها تخضـــع للقانون المحلي وفقاً للمادة (٢١) **من** القانون المدني.
- آثار العقد بالنسبة للأشخاص : تخضع آثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذي يحكم العقد. وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة الملتزمون بالعقد والمســـتفيدون منه سـواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير. فقانون العقد هو الذي يحدد مدى انصـراف أثر العقد إلى الخلف العام، مع ملاحظة ما يدخل في مجال إعمال القانون الذي يحكم الميراث، أما أثر العقد بالنسـبة للخلف الخاص فهو يعد وفقاً لرأي البعض داخلاً في مضـمون الفكرة المسـندة (محمد كمال فهمي ص٤٦٦- منصـــور ص٣٢٠) بينما يرى البعض الآخر أن هذا الأثر يخضع لقانون موقع المال (عز لدين عبد الله ص٤٦٤). أما أحكام التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير فهي تعد داخلة في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكمها (منصور مصطفى منصور).
- آثار تصـــرف النائب للأصـــيل : الملاحظ في النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تنصرف آثاره إلى الأصيل مباشرة. فهذا الأخير وإن لم يكن طرفاً في العقد إلا أن إرادته هي مصـدر صـفة النائب، كما أنها هي التي تحدد نطاق النيابة وحدودها. ولهذا يتجه الفقه الغالب إلى الاعتداد بإرادة الأصـيل بالنسـبة لاختيار القانون الواجب التطبيق على النيابة الاتفاقية. فالقانون الذي تحدده إرادة الأصـيل هو الذي يحكم انصـراف آثار العقد إلى الأصـيل ومدى سلطات النائب، "ولا محل هنا للاعتداد بإرادتي النائب والغير وإن كان هما المتعاقدان اللذان ينشئان العقد بإرادتيهما" (جمال مرسي بدر – الجزء الخامس ص١٢٠ وما بعدها – منصور مصطفى منصور ص٣٢٠). وتخرج النيابة القانونية عن فاقدي الأهلية وناقصيها مضمون الفكرة المســتندة. إذ من غير المقبول أن يعتد بإرادة الأصـيل والفرض أنه معدوم الإرادة أو ناقصها. فقد مضت الإشارة إلى أن مدى سلطة النائب في إبرام التصرفات القانونية نيابة عن المشمول بالحماية، وحكم التصـرف الذي يبرمه النائب مجاوزاً سلطاته في هذا الشـأن، هي

مسائل تخضع لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته وفقاً للحكم الوارد بالمادة ١٦ من القانون المدني (هشام صادق بند ١٦٤).

- النيابة القانونية للفضولي : النيابة القانونية للفضولي عن رب العمل بالنسبة لما يجريه من تصرفات قانونية لحساب هذا الأخير لأن مدى سلطة الفضولي في إبرام التصرفات القانونية نيابة عن رب العمل تخضع للقانون الذي يحكم الفضالة، وهو قانون المكان الذي تصرف فيه الفضولي لصالح رب العمل وفقاً للحكم الوارد في الفقرة الأول من المادة ٢١ من القانون المدني (هشام صادق بند ١٨٥).
- آثار العقد بالنسبة للموضوع : تخضع لقانون العقد ومؤدى ذلك أن يرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكامها. ويقتضي هذا الوضع ضرورة تفسير العقد وفقاً للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية (هشام صادق – بند ١٨٥). وإذا ما تحدد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن تنفيذ هذه الالتزامات يخضع بدوره للقانون الذي يحكم العقد. فيرجع إلى هذا القانون لمعرفة "متى يكون التنفيذ عينياً وكيف يكون وأهمية الإعذار ، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائي، وأحكام التعويض القانوني أي الفوائد (منصور ص٣٢٠) وعلى هذا النحو تخضع المسئولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين لقانون العقد. وليس لقانون محل وقوع الفعل الضار والذي يسري في شأن المسئولية التقصيرية كما ظن البعض (هشام صادق – مرجع سابق بند ١٨٥) فليس الخطأ في ذاته هو أساس دعوى التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وإنما هو يعتبر كذلك بالنظر لوجود العقد الذي فرض هذه الالتزامات. ومن جهة أخرى فليس من المقبول أن يخضع تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد للقانون الذي يحكم هذا العقد، بينما ينطبق قانون آخر في شأن الجزاء المترتب على الإخلال بتنفيذ هذه الالتزامات. فمثل هذا القول يخل بوحدة القانون الواجب التطبيق في شأن العقود، كما أنه يتجاهل حقيقة أن التعويض في هذا الفرض هو نوع من التنفيذ بمقابل (هشام صادق – مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن المشرع إذ خص كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية بأحكام مستقلة، "فقد أفصح ذلك عن رغبته في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين . فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذي أصاب المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه؟ ولا يجوز الأخذ بأحكام

المسـئولية التقصـيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصـوص العقد المتعلقة بالمسـئولية عند عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضـــد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضــرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشـاً أو خطأ جسـيماً مما تتحقق معه المسـئولية التقصـيرية تأسـيسـاً على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات ســوء كان متعاقداً أو غير متعاقد (نقض ١٩٦٨/٤/١٦ – مجموعة أحكام النقض س١٩ العدد الثاني ١٩٦٨ ص٧٦٢) وإذا كان تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد يخضع على هذا النحو لقانون العقد وفقاً لما انتهى إليه الفقه الغالب، فقد اتجه جانب آخر من الشــراح مع ذلك إلى إخضـــاع تنفيذ هذه الالتزامات لقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ. ومهما كان الأمر، فإن خضـــوع تنفيذ الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يحكم العقد وفقاً لما انتهى إليه الفقه الغالب لا يمنع من ضرورة التسليم باستحالة تنفيذ العقد فيما لو كان قانون دولة التنفيذ لا يقر الوســائل التي ينص عليها قانون العقد. وتعد اســتحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية في محل التنفيذ على هذا النحو بمثابة القوة القاهرة ، وهذه تخضــع للقانون الذي يحكم العقد (منصــور مصــطفى منصور ص٣٢١ – هشام صادق – بند ١٨٧)

- أسباب انقضاء الالتزام تخضع لقانون العقد : أما عن أسباب انقضاء الالتزام فهي تخضع كقاعدة عامة لقانون العقد. وعلى ذلك فإن قانون العقد هو الذي يحكم الوفاء أو التنفيذ الاختياري، وشـروط صـحته، وموضـوعه وزمانه، ومكانه. ويلاحظ مع ذلك أن مقتضـيات فكرة النظام العام قد تحول دون إمكان تطبيق قانون العقد كما إذا كان شـــرط الوفاء بعملة معينة أو بالذهب يتعارض مع هذه الفكرة في قانون القاضـــي (شــمس الدين الوكيل – ص١٦٤). ويندرج التجديد أيضاً تحت فكرة الالتزامات التعاقدية ويخضع بذلك للقانون الذي يحكم العقد. ومع ذلك فيلاحظ أن التجديد قد يفضي إلى نشأة التزام جديد. ومن هنا يلزم أن يقع صـــحيحاً وفقاً لكل من القانون الذي يحكم الالتزام القديم والقانون الذي يســرى على الالتزام الجديد، وذلك "حتى يمكن التحقق من نشـوء الالتزام الجديد صـحيحاً إذ بغير هذا لا ينقضـي الالتزام الأصـلي" أما المقاصـة فيتعين التفرقة في شـأنها بين المقاصـة الاتفاقية والمقاصـة القضـائية والمقاصـة القانونية. فالمقاصـة الاتفاقية تعتبر عقد مستقل وتخضـع بالتالي للقانون الخاص به، دون اعتبار للقانون الذي يحكم الدينين اللذين تقع المقاصـــة بينهما (الوكيل ص١٦٥ – عز الدين عبد الله ص٤٦٨). أما المقاصة القضائية فهي تخرج عن مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وتخضع لقانون القاضي" باعتبارها تتصل بسلطان القاضي في إجراء مقاصـــة لم تتوافر شــروطها القانونية"(الوكيل ص ١٦٤ – هشــام صــادق ٦٩٨) ولا تثير المقاصــة القانونية صـعوبة فيما إذا كان الدينان خاضـعين لقانون واحد. إذ أن هذا القانون هو

الذي يسري على المقاصة في هذه الحالة. ويدق الأمر في الفرض الذي يختلف فيه القانونان. والرأي الراجح هو أن المقاصـــة لا تتم في هذه الحالة إلا لو أقرها القانونان اللذان يحكمان الدينين (هشام صادق – بند ١٨٦). ويدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية ويخضع بالتالي لقانون العقد انقضـاء الالتزام لاسـتحالة تنفيذه، وطلب الفسـخ لعدم التنفيذ وما قد يثيره الخصـوم من دفوع في هذا الشـأن (منصـور ص٣٢٣ وما بعدها). ويسـري قانون العقد على الإبراء. فهو الذي يحدد ما إذا كانت تكفي إرادة الدائن وحدها، أم أنه يتعين الاتفاق على الإبراء. أما الإبراء نفسه بوصـفه تصـرف مسـتقل فهو يخضـع للقانون الخاص به (منصـور ص٣٢٣) وأخيراً فإن قانون العقد هو الذي يسـري في شـأن التقادم المسـقط. وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة آثار التقادم، ومدته، وأسـاب كل من الوقف والانقطاع (هشام صادق بند ١٨٦ منصور ص٣٢٤)

- القانون الواجب التطبيق على عقد الهبة : أدرج المشرع المصري الهبة ضمن العقود المسماة ونظم أحكامها بالمواد ٤٨٦-٥٠٤ من القانون المدني، فأصبحت بذلك عقداً مالياً كسائر العقود المسماة، وخرجت عن نطاق الأحوال الشخصية حسبما كانت عليه قبل صدور القانون المدني في عام ١٩٤٨. ولما صـدر قانون نظام القضـاء رقم ١٤٧ لسـنة ١٩٤٩ نص في المادة ١٤ منه على أن تعتبر الهبة من الأحوال الشـخصـية بالنسـبة إلى غير المصـريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك، إلا أن المشـرع ألغى هذا النص مع إلغاء قانون نظام القضـاء بموجب قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥، ومن ثم تعين اعتبار الهبة، سوء بالنسبة للمصريين أو الأجانب تصرفاً مما يخضع لقاعدة الإسناد المنصوص عليها بالمادة ١٩ من القانون المدني، ووفقاً لذلك فإنها إذا تعلقت بعقار خضـعت لقانون موقعه، أما إن تعلقت بمنقول، فإنها تخضـع لقانون الإرادة أو لقانون الموطن المشـترك أو لقانون إبرام الهبة على التفصـيل المتقدم. أما الأهلية فتخضـع للقانون الشـخصـي وهو قانون الجنسـية وفقاً لنص المادة ١١ من القانون المدني، وتخضـع الهبة من حيث الشـكل لقاعدة الإسـناد الواردة بالمادة ٢٠ متى كان القانون الذي يحكم موضوع الهبة يكتفي بالشكل الخارجي ولا يعتبر الشكل ركناً في الهبة، أما إن كان الشكل ركناً في انعقاد الهبة، فإن هذا الشكل يخضع للقانون الذي يحكم موضوع الهبة. كما هو شأن الهبة في القانون المصري إذ يشترط الشكل الرسمي لانعقادها، فإن كانت الهبة تخضع في موضوعها للقانون المصري، فيجب إبرامها في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام ولا يصـححها إبرامها في الشـكل المقرر في أي من القوانين المنصوص عليها بالمادة ٢٠ سالفة الذكر، فتلك أشكال خارجية (أنور طلبة – مرجع سابق وراجع هشام صادق بند ١٨٦).

- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل : فعقد العمل يعد بحق نموذجاً للعقود التي تتنافى طبيعتها مع قاعدة الإسناد العامة في شأن إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، وهي القاعدة التي نص عليها المشرع في المادة ١٩ من قانوننا المدني . ذلك أن تدخل المشرعين التنظيم الآمر لعلاقات العمل، حتى في البلاد الرأسمالية نفسها، قد حصر دور الإرادة في مجال ضيق ومحدود إلى درجة قد تثير التساؤل عن جدوى التحدث في هذا الإطار عن فكرة العقد في حد ذاتها. ولعل دقة المشكلة محل البحث، وتشعب الخلاف في شأنها، هو ما دفع المشرع المصري إلى حذف المادة ٤٤ من مشروع القانون المدني، والتي كانت تتضمن قاعدة إسناد خاصة بعقود العمل، مفضلاً ترك هذه المسألة للاجتهاد (هشام صادق – مرجع سابق بند ١٨٨). ورغم هذا الإلغاء فقد دل النص على اتجاه المشرع مما يتعين ترجيحه والأخذ به إزاء تعارض الآراء في هذا الصدد وتشعبها، وهو ما فعلته محكم النقض حيث قضت بأنه يسرى على العقود التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسي في الخارج وكانت فروعها في مصر هي التي أبرمت هذه العقود فإن القانون المصري يكون هو الواجب التطبيق (نقض ١٩٦٧/٤/٥ س١٨ ص٧٩٨). فإذا كان مركز الأعمال في مصر "شركة مقاولات مثلاً" وأبرمت عقوداً بها مع عمال للعمل في ليبيا، فإن هذه العقود تخضع للقانون المصري لوجود مركز الأعمال في مصر وإبرام العقود بها. ويترتب على امتداد النشاط في ليبيا وجود فرع للشركة بها لمباشرة هذا النشاط، والعبرة في ذلك بواقع الحال دون حاجة لاستيفاء شكل معين يتطلبه القانون فيما يتعلق بقيام هذا الفرع لما يدل عليه الواقع من وجود إدارة تباشر النشاط. فإذا ما أبرم هذا الفرع عقود عمل ليبيا، فإنها تخضع للقانون الليبي، أما إذا أبرم المركز الرئيسي عقوداً أخرى في مصر وبعث بالعاملين الجدد إلى ليبيا، فإن عقود هؤلاء تخضع للقانون المصري "أنظر بند "عقد الشركة" فيما تقدم". وإذا وجد مركز الأعمال خارج مصر، في فرنسا مثلاً، فإن العقود التي يبرمها بمقره، تخضع للقانون الفرنسي، حتى لو تم تنفيذ العمل في مصر أو كان العمال مصريين، ويسري ذات الحكم لو وجد فرع له بمصر طالما أبرمت العقود خارجها، أما إذا قام الفرع الموجود في مصر بإبرام عقود عمل فإنها تخضع للقانون المصري، سواء تم تنفيذ العمل في مصر أو خارجها وسواء كان العاملون مصريين أو أجانب. ومركز الأعمال أو مركز الإدارة، ينصرف إلى الشركة أو المنشأة الفردية، فإن وجد للمنشأة الفردية مقر لإدارة أعمالها كان هذا مركز أعمالها، وقد يدل عليه ما أتخذ في شأنه من إجراءات الشهر والسجل التجاري، لكن هذه الإجراءات ليست شرطاً لوجوده، إذ يكفي وجوده في الواقع، لسريان الأحكام المقدمة. فإن لم يوجد مقر للمنشأة

الفردية، أو كان رب العمل شـخصـاً طبيعياً، تحدد مركز الأعمال بالمكان الذي يباشـر فيه العمل المتعلق بالعقود التي أبرمها، قرب العمل المصـري الذي يتعاقد في مصـر مع عمال لمقاولات البناء، ويتوجه بهم إلى ليبيا للعمل بها، فإن ليبيا تكون هي مركز أعماله للمقاولات، ومن ثم تخضـع هذه العقود للقانون الليبي، كما يسـري ذات القانون على العقود التي يبرمها أثناء وجوده في ليبيا. وإذا وجد لرب العمل مقر في مصر متعلق بنشاط آخر غير المقاولات. فإن هذا المقر لا يعتبر مركزاً لأعماله المتعلقة بالمقاولات طالما كان هذا المقر منبت الصـلة بهذه الأعمال، فلم يتردد عليه العمال ولم تبرم به عقودهم (أنور طلبة – مرجع سابق – هشام صادق – مرجع سابق).

وقد قضـت محكمة النقض بأن "وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز اسـتبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطني أكثر فائدة. وإذ كان طرفا النزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما في أمريكا والقانون الذي يحكم علاقة العمل بينهما هو القانون الأمريكي واسـتبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردي المصـري من النظام العام في مصـر وهو يقضـي بحق العامل بمكافأة نهاية الخدمة وأنه لا يجوز تطبيق القانون الأمريكي على موضـوع النزاع مادام ذلك القانون كما هو متفق عليه بين الطرفين لا ينص على استحقاق العامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة أو في الطلبات الأخرى موضـوع الدعوى "وأنه يلتفت عما أثارته الشـركة من أنه ليس للعامل أن يختار أفضـل النظامين" في حين أن فكرة النظام العام لا تتصـل بالمقارنة التي يعقدها قاضـي الدعوى – ومن عنده – بين القانونين الوطني والأجنبي وما يراه – هو – من أوجه المفاضـلة والتفضـيل بينهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه (نقض ١٩٦٧/٤/٥ س١٨ ص٧٩٨). ويحكم القانون الذي يخضـع له عقد العمل كافة الدعاوى الناشـئة عنه، كدعوى التعويض عن الفصـل التعسـفي ومكافأة نهاية الخدمة وبدل الإنذار وتقدير الأجر والعلاوة وبدل المميزات العينية والإجازات (أنور طلبة – مرجع سابق – منصور ص٢١٠ – هشام صادق بند ١٨٠)

- استقر قضاء محكمة النقض على إخضاع عقد العمل لقانون دولة مركز الأعمال، فقد قضت بأن "من المقرر أنه يسري على العقود التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال فإذا كان المركز الرئيسـي في الخارج، وكانت فروعها في مصـر هي التي أبرمت هذه العقود، فإن القانون المصري يكون هو الواجب التطبيق" (الطعن رقم ١٥٧٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٤)،

وبأنه "يسري على العقود التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسي في الخارج وكانت فروعها في مصر هي التي أبرمت هذه العقود فإن القانون المصري يكون هو الواجب التطبيق" (الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٧/٤/٥).

- إبرام عقد العمل مع مؤسسة حكومية أجنبية : إذا أبرم عقد العمل مع مؤسسة حكومية أجنبية كانت العلاقة تنظيمية لا تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى المرفوعة عنها. (نقض ١٩٧٢/١١/١٨ س٢٣ ص١٢٥٧)
- المسئولية عن إصابات العمل : المسئولية عن إصابات العمل وأمراض المهنة فهي تقوم على عاتق رب العمل ولو لم يكن هناك ثمة خطأ من جانبه، بل ولو كان الخطأ من جانب العامل المصاب، على الأقل ما لم يكن هذا الخطأ جسيماً أو متعمداً. ومن جهة أخرى، وفي مقابل اتساع مسئولية رب العمل على النحو السالف، فقد خرجت التشريعات الخاصة بحوادث العمل عن المبادئ العامة في المسئولية التقصيرية بالنسبة لكيفية تقدير التعويض. إذ لم يعد من اللازم أن يكون التعويض الذي يلتزم رب العمل بدفعه مساوياً للضرر الذي أصاب العامل الدائن وفقاً للقواعد العامة. بل يكفي إلزام رب العمل بتعويض يقدر تقديراً جزافياً يتحدد عادة على أساس أجر العامل وبنسبة معينة منه. ويرى البعض إخضاع المسئولية عن إصابات العمل وأمراض المهنة لقانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ عقد العمل، باعتبار أن العقد هو الأساس الحقيقي للالتزام بالتعويض في هذه الحالة. فالمسئولية عن إصابات العمل هي مسئولية عقدية تخضع لنفس القانون الذي يحكم عقد العمل. ويرفض البعض الآخر هذا النظر لكون المسئولية عن إصابات العمل لا تستند إلى العقد، وإنما هي ترتكن إلى نصوص القانون (منصور – ص١٢٨). وعلى ذلك يجب إخضاع المسئولية عن إصابات العمل لقانون الدولة التي يرجي فيها تنفيذ العمل (هشام صادق – مرجع سابق). وإذا كان قانون دولة تنفيذ العمل يأخذ بنظام التأمين الإجباري عن حوادث العمل كما هو الشأن في كل من فرنسا ومصر، وهو ما يؤدي إلى تدخل سلطة عامة بتنظيم التعويض عن إصابات العمل. إذ تحل المسئولية الجماعية عن إصابات العمل في هذا الفرض محل المسئولية الفردية لأصحاب الأعمال، والذي ينحصر دورهم في دفع أقساط التأمين للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، فيقع على كاهل هذه الأخيرة الالتزام بتعويض العامل المصاب (برهام عطا الله – التأمينات الاجتماعية ص١٦٨)
- دعوى التعويض على صاحب العمل : إذا كان عقد العمل منفذاً في مصر، فإنه يجوز للقضاء المصري أن يتصدى للنظر في دعوى التعويض عن إصابة العمل بالتطبيق لأحكام قانون

التأمينات الاجتماعية الوطني، والذي يتحدد مجال سـريانه المكاني وفقاً للرأي الراجح بكافة عقود العمل التي يجرى تنفيذها في الإقليم المصـري، ولو كان العامل أجنبياً (الدكتور برهام عطا الله – مرجع سـابق ص٢٣١). أما لو كان العمل ينفذ في الخارج فلا وجه للرجوع إلى قانون التأمينات الاجتماعية في مصر ولو كان العامل المصاب مصرياً. وإذا تبين للقاضي في هذا الفرض الأخير أن دعوى المسئولية عن حادث العمل لا تخضع للقانون المصـري تعين إسـناد النزاع إلى القانون المختص، وهو قانون الدولة التي ينفذ فيها العمل وفقاً للرأي الذي انتهينا إليه. والأمر في هذه الحالة لا يخلو من أحد فرضين. فإذا كان القانون الأجنبي المختص لا يأخذ بنظام التأمينات الاجتماعية، وإنما يرتب المسـئولية الفردية لصـاحب العمل عن إصـابات عماله، فلا شـبهة في وجوب تطبيق هذا القانون وفقاً للمبادئ العامة. أما لو كان القانون الأجنبي السائد في دولة تنفيذ العمل يأخذ بنظام التأمينات الاجتماعية، فيبدو أنه لا مفر من الحكم بعدم الاختصـاص إعمالاً لمبدأ إقليمية القانون العام (برهام عطا الله- مرجع سـابق ص٣٣١ وما بعدها). وحق العامل في الرجوع بدعوى المسـئولية التقصـيرية على صـاحب العمل لمطالبة بالتعويض عن الأضـرار التي لم تغطيها مزايا تأمين إصـابات العمل فيما لو كانت الإصـابة قد نشـأت عن خطأ جسيم من جانب رب العمل، وكذلك حقه في الرجوع بهذه الدعوى أيضـاً على الغير المسئول عن الحادث للمطالبة بالتعويض الكامل عن الضـرر الذي حاق به، والجمع على هذا النحو بين تعويضين عن نفس الضرر، هي مسألة يرجع في شأنها لقانون دولة تنفيذ العمل. فإذا تبين للقاضـي أن قانون دولة تنفيذ العمل، بوصـفه القانون المختص بدعوى المسـئولية عن إصـابات العمل، لا يسـمح للعامل المصـاب برفع دعوى المسـئولية التقصـيرية على رب العمل أو الغير في الحالتين المتقدمتين فلا مناص من رفض الدعوى. أما لو كان قانون دولة التنفيذ يجيز للعمال رفع دعوى المسئولية التقصيرية في مثل هذه الفروض رغم سبق تعويضه جزافياً عن الإصابة كما هو الشأن في مصر، تعين قبول الدعوى. وإذا ما تم الفصـل في هذه المسـألة الأولية وفقاً لقانون دولة تنفيذ العمل، فإن دعوى المسـئولية التقصـيرية تخضـع بعد ذلك لقانون محل وقوع الفعل المنشـئ للالتزام وفقاً للمادة ٢١مدني (راجع في كل ما سـبق برهام عطا الله – مرجع سـابق- هشـام صـادق – مرجع سابق).

- المسئولية المترتبة على الفصل التعسفي : لا صعوبة بالنسبة للدعاوى التي تستند إلى العقد، كدعوى التعويض عن الإنهاء المبتسـر لعقد العمل المحدد المدة والتي يرفعها المتعاقد كنتيجة لإنهاء المتعاقد الآخر للعقد بإرادته المنفردة، قبل الأجل المحدد لانتهائه في غير أحوال الفسخ أو الأعذار المبررة أو اسـتحالة التنفيذ. إذ أن مسـئولية المتعاقد في هذه الحالة هي مسـئولية

عقدية، ومن ثم فهي تخضع بداهة لقانون العقد، أي قانون الدولة التي ينفذ فيها العمل. وبالنسبة لدعوى التعويض عن الإنهاء التعسـفي لعقد العمل غير محدد المدة. إذ يتفق الفقه الراجح في كل من فرنسا ومصر على اعتبار دعوى التعويض في هذه الحالة من تطبيقات فكرة التعسف في استعمال الحق (الدكتور حسن كيرة – مرجع سابق – أصول قانون العمل بند ٢٥٨). وذهب رأي آخر إلى إخضاع دعوى تعويض عن الإنهاء التعسفي للعقد بدوره قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العمل، بوصفه القانون الواجب التطبيق في شأن كافة علاقات العمل. وذهب رأي ثالث لإخضاع دعوى التعويض عن إنهاء العقد غير محدد المدة للمسئولية التقصيرية. وذهب رأي آخر على أنه التعسف يعد مصدراً مستقلاً من مصادر المسئولية.

- وقد أخذت محكمة النقض بالرأي القائل لإخضاع دعوى التعويض للفصل التعسفي لقانون الدولة التي بها مركز إدارة الأعمال، وقد قضت محكمة النقض بأن "وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطني أكثر فائدة- وإذ كان طرفا النزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما في أمريكا والقانون الذي يحكم علاقة العمل بينها هو القانون الأمريكي واستبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردي المصري من النظام العام في مصر وهو يقضي بحق العامل بمكافأة نهاية الخدمة وأنه لا يجوز تطبيق القانون الأمريكي على موضوع النزاع مادام ذلك القانون كما هو متفق عليه بين الطرفين لا ينص على استحقاق العامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة أو في الطلبات الأخرى موضوع الدعوى "وأنه يلتفت عما أثارته الشركة من أنه ليس للعامل أن يختار أفضل النظامين". في حين أن فكرة النظام العام لا تتصل بالمقارنة التي يعقدها قاضي الدعوى – ومن عنده بين القانونين الوطني والأجنبي وما يراه – هو – من أوجه المفاضلة والتفضيل بينهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (١٩٦٧/٤/٥ طعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ق)، والفقه الحديث يعيب على اتجاه محكمة النقض تجاهله لخضوع عقود العمل لقواعد تنظيمية آمرة في التشريعات الأجنبية تهدف إلى حماية العمال كالقواعد الخاصة بتحديد الأجور وتحديد ساعات العمل والإجازة بأجر. وهذه القواعد تهدف الدولة إلى تطبيقها على كافة العمال داخل إقليمها بغض النظر عن مكان وجود مركز الأعمال أو انعقاد العقد. لذلك يرى فريق من الفقه المصري إخضاع الجانب التنظيمي في عقد العمل لقانون دولة محل تنفيذ عقد العمل نظراً لتعلق هذا الجانب بالأمن المدني. أما الجانب غير التنظيمي لعقد العمل فهو

يخضـــع لقانون الإرادة وفقاً للقاعدة العامة في العقود. ويرى فريق آخر من الفقه المصـــري الحديث تطبيق قانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ العمل في جميع الحالات، أي سواء بالنسبة للجانب التنظيمي أو بالنسـبة للجانب غير التنظيمي وسـواء كان تنفيذ العمل في مصـر أم في الخارج، إذ من شأن هذه القاعدة كفالة وحدة القانون المطبق على عقد العمل (هشام صادق – مرجع سابق).

- العقود التي تبرمها الدولة : أكدت محكمة العدل الدولية أن "العقود التي تبرمها الدولة بغير صفتها كشخص دولي تستمد أساسها من القانون الداخلي". ومؤدى ذلك أن الاتفاقات المعقودة بين الدول في شـــأن المســـائل المتعلقة بالقانون الخاص تفلت من مجال تطبيق قواعد القانون الدولي العام، ومن ثم فيكون من المتصـــور إخضـــاعها لقواعد الإســـناد، وهو ما يؤدي إلى تطبيق قانون دولة معينة على هذه الاتفاقات أسـوة بالعقود المبرمة بين الأشـخاص الخاصـة (أنظر حكم محكمة العدل الدولية في ١٩٢٩/٧/١٢ منشـــور في Dollaz p. ١٩٣٠ الجزء الثاني ص٤٥ ومشار إليه في Batiffol المطول ص ٦٣١)
- الاتفاقات التي تبرم بين أكثر من دولة أو بين دولة وشـخص من أشـخاص القانون الخاص: الاتفاقات التي تبرمها الدولة بغير صـفتها كشـخص دولي على النحو السـابق قد تكون معقودة بين أكثر من دولة، أو بين إحدى الدول و شخص من أ شخاص القانون الخاص كما هو الشأن في العقد المبرم بين أمير أبي ظبي و شركة البترول الإنجليزية. ينطبق في شأن هذه الاتفاقات قانون الإرادة، أي القانون الذي اتفقت إرادة المتعاقدين على اختياره. وإنما يدق الأمر فيما لو لم يتفق المتعاقدان صـــراحة على تعيين القانون الواجب التطبيق (هشـــام صـــادق بند ١٨٦). واتجه القضاء الحديث في الكثير من دول العالم إلى القول بأن كون الدولة طرفاً في التعاقد لا يعني على الإطلاق قيام قرينة لصـــالح تطبيق قانون هذه الدولة. فمادام أن موضـــوع التعاقد يتعلق بإحدى مســـائل القانون الخاص، فإن الاتفاق الذي تكون الدولة طرفاً فيه يأخذ في هذه الحالة حكم العقود المبرمة بين الأفراد (أنظر الدكتور هشام صادق – مرجع سابق- منصور مصطفى مرجع سابق)
- عقد الرهن : يوجب القانون المدني المصـــري بالنســـبة لرهن المنقول أن يكون حيازياً، فإذا تعارضت هذه الأحكام مع القانون الأجنبي كما لو تطلب أن يكون رهن المنقول رسمياً بصفة عامة، فإن القاضي المصري يطرح هذا القانون ويطبق قانونه على النزاع، ليس استناداً إلى الدفع بالنظام العام وإنما لتعذر التطبيق من حيث الصـــياغة. (أنور طلبة – المطول – ص٤٩٩)

﴿ المـــادة ٢٠﴾

"العقود ما بين الأحياء تخضـــع في شـــكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضـــاً أن تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضـــوعية، كما يجوز أن تخضـــع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوري م٢١، العراقي م٢٦، السوداني م٢٩، الليبي م٢٠.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن "تتناول هذه القاعدة التصرفات القانونية سواء منها ما ينعقد بإرادة واحدة وما ينعقد بتلاقي إرادتين، ولكن يرد على إطلاقها قيدان: الأول، أنها تقتصر على ما ينعقد من تلك التصـــرفات بين الأحياء، وبذلك تخرج الوصـــية وســـائر التصـــرفات التي تضاف إلى ما بعد الموت. ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصـــر الشـــكل الخارجية، أما الأوضـــاع الجوهرية في الشـــكل وهي التي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني – الرسمي – فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع.

﴿ الشـــــرح ﴾

- المقصـــود بالعقود ما بين الأحياء الواردة بالنص : يقصـــد بالعقود ما بين الأحياء، كافة التصرفات القانونية ولا يخرج منها سوى الوصية وسائر التصرفات التي تضاف إلى ما بعد الموت (مذكرة المشروع التمهيدي- مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص٢٩٥) وإذا كان المشرع المصري لم يعرض في هذا النص إلا للعقود ما بين الأحياء فذلك لأنه قد وضع الحكم الخاص بشكل الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في المادة ٢/١٧ من القانون المدني.
- تعدد ضـــوابط شـــكل التصـــرفات القانونية : يبين لنا من نص المادة ٢٠ مدني، أن الشـــارع المصـــري قد ضـــمن الأخير، أربعة ضـــوابط، يصـــلح كل واحد منها لحكم شـــكل التصـــرف القانوني. و سوف نلقي الضوء على هذه الضوابط كما يلي: أولاً محل إبرام التصرف: رأينا من قبل أن العديد من الدول، يعتنق مشرعوها الضابط حل الدراسة. وأساس هذا الوضع هو أن الأخير، يلبي حاجات المعاملات الدولية عموماً. هذا إلى أنه يقوم على اعتبارات عملية ليس من اليســـير أن نتجاهلها. ثانياً: القانون الذي يحكم الموضـــوع: يحق للمتعاقدين إخضـــاع

عقدهما من حيث الشكل للقانون الذي يحكم موضوع هذا العقد، وهذا ما أفادته المادة ٢٠ من القانون المدني المصري، على نحو ما رأينا من قبل. ويرى البعض أن مسلك المشرع المصري على النحو السابق، إنما يستجيب إلى "أصول فقهية سليمة" وتتأكد لنا صحة هذا النظر إذا ما علمنا بأن "اختصاص قانون الموضوع أقرب إلى طبيعة الأشياء وأكفل بتحقيق وحدة القانون الذي يسري على العقد" (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج١، ص٢٩٦). وقد رأينا في موضع متقدم أن بعض التشريعات العربية تعتنق الضابط محل الدراسة. ثالثاً: الموطن المشترك للمتعاقدين: وفضلاً عن الضابطين سالفي الذكر، أجازت المادة ٢٠ من القانون المدني المصري للمتعاقدين حق إعمال قانون موطنهما المشترك على شكل عقدهما. وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني إلى بيان أهمية الضابط محل الدراسة، حيث قررت أن الأخذ بالضابط الأخير، ينطوي على تيسير "يتمشى مع أهلية الموطن في تنفيذ العقود ولاسيما التجاري منها" (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج١، ص٢٩٧). رابعاً: الجنسية المشتركة للمتعاقدين: وفي النهاية، يحق للمتعاقدين، أن يخضعا عقدهما من حيث الشكل لقانون جنسيتهما المشتركة، حل وجودها. وأساس هذا الضابط أن المتعاقدين قد يكونا على علم بأحكام هذا القانون، أكثر من أي قانون سواه، الأمر الذي دفع المشرع المصري في المادة ٢٠ مدني إلى إعطائهما حق اختياره لحكم شكل تصرفهما.

وقد قضت محكمة النقض بأن "تخضع أشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذي أبرمت فيه. فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغوسلافيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والقنصلية المصرية ببلجراد وعملاً بالمادة ١٤/٦٤ من القانون ١٦٦ سنة ١٩٥٤ واعتمدت السفارة اليوغوسلافية بالقاهرة ترجمة التوكيل إلى اللغة العربية بما يطابق اللغتين الأجنبيتين اللتين حرر بهما ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على إمضاء سكرتير السفارة المذكورة، وكانت المطعون عليها لم تبد أي رأي اعتراضي على إجراءات توثيق التوكيل في الخارج أو على ما يتضمنه هذا التوكيل أو على الترجمة الرسمية المدونة به فإن هذا التوكيل وقد استكمل شروطه الشكلية و القانونية يكون حجة في إسباغ صفة الوكالة للمحامي الذي قرر بالطعن" (الطعن رقم ٣٨٣ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٢/٧)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذي يقتضيه قانونهما الشخصي أو يبرماه في الشكل المقرر بقانون البلد الذي عقد فيه. لما كان ذلك وكان إثبات الزواج يخضع للقانون الذي يحكم شكله وكان الحكم المطعون فيه لم يعتد بعقد زواج الطاعنة والذي تم في الشكل الذي يتطلبه القانون إذ أنه عقد بمحكمة بيروت الشرعية ومصدق عليه من وزارة

الخارجية اللبنانية ووزارة الخارجية المصـــرية ووزارة العدل فإنه يكون معيباً" (الطعن رقم ٤٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٨)

- المسـائل التي تخرج عن مفهوم شـكل التصـرف : أشـكال المرافعات تخرج عن فكرة شـكل التصـــرف القانوني. فقد ظن البعض – خطأ – أن الشـــكل والإجراءات من طبيعة واحدة، بحســـبان أن الأمر يتعلق في الحالتين بالمظهر الخارجي "الذي يوجب القانون اتخاذه، وهو يسـتلزم مراعاة أوضـــاع معينة وتدخل موظف عام، هو بالنسـبة للتصـرف القانوني الموثق وبالنسـبة لإجراءات المرافعات هم عمال القضـاء، وقانون المحل بالنسـبة للتصـرف القانوني هو قانون البلد الذي يبرم فيه، وقانون المحل بالنســبة لإجراءات المرافعات هو قانون البلد الكائن به المحكمة التي يتخذ لديها الإجراء. ولكن على العكس من ذلك، يذهب الفقه الراجح إلى التمييز بين شكل التصرفات وأشكال المرافعات، نظراً لاختلاف كل منها عن الآخر من حيث الطبيعة. هذا إلى أن إجراءات المرافعات تخضـــع لقاعدة إســـناد مختلفة عن تلك التي تتصـدى لحكم شـكل التصـرفات القانونية. والثابت أن كل قاعدة إسـناد من القواعد المتقدمة تهدف إلى تحقيق هدف مختلف عن الهدف الذي تسـعى قاعدة الإسـناد الأخرى إلى تحقيقه. والأشـكال اللازمة للعلانية، إنما تخرج عن نطاق فكرة شـكل التصـرفات. فالأشـكال اللازمة لنشأة الحقوق العينية الأصلية، أو اللازمة لنفاذه الحقوق العينية التبعية في مواجهة الغير، إنما تخضـــع لقانون موقع المال. وبعد أن فرغنا من اسـتبعاد المســائل المتقدمة والتي تخرج عن مضمون فكرة شكل التصرف القانوني، يتعين علينا أن نحدد مكونات أو المسائل التي تدخل في نطاق فكرة شكل التصرف. (الدكتور هشام خالد – تنازع القوانين – بند ١٨٠)
- مضـــمون فكرة شـــكل التصـــرفات القانونية : الأشـــكال المكملة للأهلية تعتبر من مســـائل الموضوع وليس من مسائل الداخلة في فكرة شكل التصرف القانوني ومثال ذلك، "ضرورة حصول الزوجة على إذن من زوجها للقيام بتصرفات معينة والمقرر في بعض التشريعات، وضرورة حصول القاصر على إذن بمباشرة أعمال الإدارة أو بالاتجار، أو الإذن للوصي في التصـرف في أموال القاصـر" والشـكل قد يكون أمراً لازماً لانعقاد التصـرف القانوني، وقد يكون أمراً لازماً لإثباته فقط. وعلى هذا النحو، نبين مضـــمون كل مســـألة من المســـألتين المتقدمتين، كما يلي:

(أ) الشكل المطلوب للانعقاد : لا تنعقد بعض التصرفات القانونية، إلا إذا اتخذت في الشكل الرسمي كما هو الحال بالنسبة لعقد الهبة، والرهن الرسمي. ويذهب جانب من الفقه الفرنسي، إلى أن تحديد مدى لزوم الشـكل هي مسـألة موضـوعية، بحيث يتعين علينا، أن نرجع في شـأنها إلى القانون الذي يحكم الموضـوع. فإذا كان الأخير، يوجب صـب الإرادة في الشـكل الرسـمي، تعين

علينا أن نلتزم بحكم هذا القانون، حتى في الفرض الذي لا يستلزم فيه قانون دولة الإبرام، مثل هذا الشكل، حيث يجيز للمتصرف صب تصرفه في الشكل العرفي. فالهدف من الشكل لدى أنصار الاتجاه السابق، هو حماية الإرادة ليس غير، والمسألة الأخيرة مسألة موضوعية لديهم. وظاهر الحال، أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، قد اعتنق هذا النظر، حيث جاء فيه ما نصه "يراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل.. لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع" (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، س٢٩٦)، والمستفاد مما تقدم، أن تنفيذ الشكل الذي يتطلبه القانون الذي يحكم الموضوع، هو الذي يخضع للقانون المحلي ليس غير. والنظر السابق، من شأنه تضييق مضمون فكرة الشكل في هذا المقام، على نحو يقل بها، عن القدر الذي يجب أن تكون عليه، وفقاً لأحكام المادة ٢٠ من القانون المدني. وعلى العكس من ذلك، فالاتجاه الراجح، ينتقد المسلك السابق، لما تقدم ولغير ذلك من الأسباب، ويرى أنصار الاتجاه الماثل، أن القانون المحلي هو الذي يحكم مسألة لزوم الشكل من عدمه، وأن القانون الذي يحكم الموضوع ليس له أي اختصاص في هذا المقام، لاسيما وأن محكم النقض الفرنسية، تعتنق الاتجاه الماثل. والفقه المصري الراجح، يذهب إلى اعتناق الاتجاه الماثل، على أساس أن من شأن الأخذ به إدراك الهدف الذي تسعى قاعدة "خضوع الشكل لقانون دولة الإبرام" إلى تحقيقه. فالمنطق الذي يقوم عليه النظر المنتقد من شأنه أن يزيد المتعاقدين من أمرهم عسراً، في حين، أن قاعدة الإسناد الواردة في المادة ٢٠ مدني مصري، تريد أن تزيدهم من أمرهم يسراً. والعلم بالقانون السائد في الدولة التي يتم فيها إبرام التصرف أمر ميسور للغاية، في حين أن العلم بالقانون الذي يحكم الموضوع أمر ليس باليسير في كل حال. وفضلاً عما تقدم فإن اعتناق الاتجاه المنتقد من شأنه أن يؤدي إلى العديد من النتائج الشاذة، ومن ذلك، أنه قد يستحيل في بعض الفروض تنفيذ الحكم الذي يقرره قانون الموضوع، في الدولة التي يقوم فيها المتصرف بإبرام تصرفه، وذلك فيما لو كان الشكل الرسمي للتصرف المعني مجهولاً في هذا القانون، حيث يقرر الأخير أن مثل هذا التصرف يجب أن يتم في الشكل العرفي، فكيف يقوم المتصرف، بإبرام هذا التصرف في دولة الإبرام، إزاء رفض جهاز التوثيق في هذه الدولة. القيام بإبرامه في الشكل الرسمي، لمخالفة ذلك للقانون الذي يحكمه. لاشك أن الوضع المتقدم، يجافي حاجة المعاملات الدولية بصورة صارخة. هذا إلى أنه يعارض الأساس الذي تقوم عليه القاعدة الواردة في المادة ٢٠ مدني، ألا وهو التيسير على المكلفين. وفي ضوء هذا النظر، يجب أن تتسع فكرة شكل التصرف، بحيث تشمل مسألة لزومه أو عدم لزومه لانعقاد التصرف. وعلى هذا الأساس يجوز

للمتصــرف المعني أن يصــب إرادته في الشــكل العرفي وهو الســائد في دولة الإبرام، رغم أن القانون الذي يحكم الموضـوع يشـترط لانعقاد التصـرف صـبه في الشكل الرسـمي، لما تقدم من أسباب ولغيرها. (الدكتور هشام خالد – مرجع سابق- منصور – مرجع سابق- هشام صالح – مرجع سابق)

وقد قضــت محكمة النقض بأن "مؤدى نص المادة ٢٠ من القانون المدني أن المشــرع أخذ بقاعدة خضــوع شــكل التصــرف لقانون محل إبرامه وجعلها القاعدة العامة على أن للمتعاقدين اختيار أي قانون من القوانين الأخرى الواردة بها، واختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول – على ما أفصــحت عنه المذكرة الإيضــاحية – إعلان عناصــر الشــكل الخارجية، أما الأوضــاع الجوهرية في الشـكل وهي التي تعتبر ركناً في انعقاد التصـرف كالرسـمية في الرهن التأميني، فتخضـع للقانون الذي يحكم موضـوع التصـرف وليس لقانون محل إبرامه، ومن ثم فإن الشكلية التي تقضي لإثبات التصرف لتخضع لقانون محل إبرامه، وعلى هذا فإذا استلزم القانون الذي يحكم موضــوع التصــرف الكتابة لإثباته ولم يســتلزمها قانون محل إبرامه تعين الأخذ بهذا القانون الأخير" (الطعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧).

(ب) الشكل اللازم للإثبات : يكاد أن يجمع الفقه المصري والفرنسي، على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصـرف القانوني، إنما تخضـع للقانون الذي يحكم الشـكل ذاته. وينصرف سلطان القانون السالف، لحكم مسألة أخرى، هي قوة الدليل في الإثبات. وبهذه المثابة، فإن كان القانون الســائد في دولة القاضــي يتطلب الدليل الكتابي لإثبات تصــرف معين فمن حق المتصرف الاحتكام إلى القانون السائد في الدولة التي تم إبرام التصرف فيها، مادام أن هذا الأخير يجيز إثبات التصــرف المعني بغير حاجة للكتابة. ومؤدى الطبيعة التيســيرية والاختيارية لقاعدة الإســناد محل الدراســة، أنه يجوز لصــاحب الشــأن، أن يحتكم إلى قانون القاضــي والذي يجيز له إثبات التصرف المعني، دون دليل كتابي، حتى في الفرض الذي يستلزم فيه قانون دولة الإبرام، إثبات التصرف سالف البيان كتابة، تيسيراً على المتعاملين على المستوى الدولي. ويعتقد البعض، أن الاتجاه الماثل، إنما يســتجيب إلى اعتبارات عملية مؤداها التيســير على المتعاقدين، وهو ما يتمشى في الوقت نفسه مع الحكمة التي تهدف قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد الإبرام إلى تحقيقها ابتداء. وقد أكدت محكمة النقض الفرنســية في حكم حديث لها هذا المعنى، فقررت ما نصــه "أن حق القاضــي الفرنســي في قبول الأدلة المقررة في قانونه يمنع الخصــوم من الاســتفادة بقواعد الإثبات السـائدة في قانون الدولة التي أبرم فيها التصـرف" (نقض فرنسـي ١٩٥٩/٢/٢٤، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٥٩ ص٣٦٨)، (وفي ذات المعنى راجع أيضــاً ، نقض

فرنســـي، جلســـة ١٩٦٣/٢/١٢، منشـــور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٤، ص١٢١ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "العرف مصدر أصيل من مصادر القانون الدولي، ولا يوجد نص تشريعي في مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبية في مصر بأعمال التوثيق، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضـــع وبين ما نصـــت عليه الفقرة (و) من المادة الخامســـة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصـــلية والتي انضـــمت إليها جمهورية مصـــر العربية اعتباراً من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتي تقضـــي بأن الوظائف القنصـــلية تشـــمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارســـة الأعمال المشـــــابهة – وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإداري- ما لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها" (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)، وبأنه "النص في الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدني المصـــري على أن "يســـري على شـــكل الوصـــية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية..." يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية في التشريع المصري بل هي رخصة للموصي ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما في الشكل المقرر في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسـيته وإما في الشـكل المقرر في البلد الذي تتم فيه الوصـية، ولما كان اختيار الموصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شـكل المحرر هو قانون ذلك القنصـل طالما توافرت فيه الشـرائط اللازمة لذلك الإجراء، أخذاً بقاعدة شـــكل المحرر يخضـــع لقانون بلد إبرامه وبمقتضـــاه يبرر الخروج على مبدأ الإقليمية في التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية، ويلزم الموثق في هذه الحالة بإتباع الشـكل الذي يقضـي به قانون بلده وكان توثيق الوصـية موضـوع الدعوى بمعرفة القنصـل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذ كان الخيار المخول للموصـية في سلوك أحد الطريقين المشار إليهما لا يجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلي منطوياً على مخالفة النظام العام. فإن النعي على الحكم يكون ولا محل له" (الطعن رقم ٢٧ لســـنة ٣٧ق جلســـة ١٩٧٤/١٢/٤)، وبأنه "تعديل قانون التوثيق – ٦٨ لسـنة ١٩٤٧ – بمقتضـى القانون رقم ٦٧٩ لسنة ١٩٥٥ أثر إلغاء المحاكم الشرعية والملية، لا علاقة له البتة بحق الأجانب المقرر لهم – في التوثيق- تطبيقاً لقواعد الإســـناد في القانون الدولي الخاص وهو ما أفصـــحت عنه المذكرة الإيضـــاحية لذلك القانون الأخير بقولها أنه "بمناســـبة صـــدور القانون بإلغاء المحاكم الشـــرعية والمحاكم الملية رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج والإشهادات التي كانت تتولاها المحاكم الشرعية والمجالس الملية، وقد وضـع المشـروع الحالي متضـمناً هذا التنظيم" يؤيد ذلك أن قواعد الإسـناد المشار إليها كان معمولاً بها خلال سريان الامتيازات الأجنبية وفي فترة الانتقال فكانت المادة ٧٨

من القانون المدني المختلط تنص على أن ''تراعى في أهلية الموصي لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في قانون الدولة التابع لها الموصي'' كما تنص المادة ٥٥ من القانون المدني الأهلي على أن ''تراعى في أهلية الموصي لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصي'' وكذلك في المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة والمادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية اللتين تنصان على أن يرجع في الوصايا إلى قانون بلد الموصي، وظل هذا الوضع في القانون المدني الحالي عقب إلغاء الامتيازات إذ احتفظ بهذه القاعدة فيه مع تعميم في الصياغة لتشمل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ومع تعيين الوقت الذي يعتد فيه ببيان القانون الواجب التطبيق وهو ما نصت عليه المادة ١٧ منه" (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)، وبأنه "متى كان البين من الرجوع إلى التوكيل المقدم من المطعون عليها الأولى أنه تم في قبرص وحرر باللغة الانجليزية وقد صدقت السلطات الرسمية المختصة بلارنكا بجزيرة قبرص على توقيعات الموكلين وتلا ذلك تصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة ثم تبعه تصديق مديرية أمن القاهرة على صحة ختم القنصلية في ٥ من يونيو سنة ١٩٦٥ فإن هذا التوكيل يعتبر حجة في إسباغ صفة الوكالة للمحامي الحاضر عن المطعون عليها الأولى، لا يغير من ذلك أنه جاء خلواً من تصديق القنصل المصري بجمهورية قبرص وفق المادة ١٤/٢٤ من قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ لأن ما يجري به هذا النص وإن خول اختصاصاً لأعضاء البعثات الدبلوماسية المصرية بالتصديق على الإمضاءات الموقع بها على المحررات الصادرة من سلطات البلاد التي يؤدون فيها أعمالهم إذا كان الغرض منها الاحتجاج بها أمام السلطات المصرية إلا أنه لا يرتب – أو أي نص آخر – جزاء على تخفه طالما كانت التوقيعات مصدقاً عليها من السلطة المختصة في جهة إصدارها ومصدقاً أيضاً على صحة توقيع هذه السلطة الأمر الذي يضمن سلامة الإجراءات خاصة ولم يقدم الطاعنون دليلاً على أن الشكل الذي أفرغ فيه التوكيل موضوع النعي هو غير الشكل المحلي في مقاطعة لارنكا بجزيرة قبرص" (الطعن رقم ٥٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٢).

- اختصاص القناصل بإعطاء الشكل للتصرف : جرى العرف بين الدول على أن يتولى القنصل الاختصاصات المتعارف عليها للبعثات القنصلية، وتنظم هذه الاختصاصات قوانين الدولة الموفد القنصل من قبلها تسهيلاً للتصرفات التي يرغب الأشخاص التابعون في الجنسية لهذا القنصل في إجرائها أثناء وجودهم خارج دولتهم إذ ليس من المعقول أن ينتقل الشخص إلى دولته كلما أراد إبرام تصرف يتطلب تدخل موظف عام. مما أدى إلى قيام القنصل بهذا

العمل في الخارج، وحينئذٍ يأخذ التصـرف ذات الحكم الذي يتقرر للتصـرف الذي يبرم داخل الدولة الموفد القنصـل من قبلها، فللقنصـل توثيق العقود التي تتطلب توثيقاً كعقود الوكالة – أنظر م٢٢ – أو إثبات تاريخ أو غير ذلك. ويكون الشـكل حينئذٍ قد تم وفقاً لقانون الدولة التي ينتمي القنصـل إليها. ويجب للاحتجاج بهذا الشـكل أن يكون من بين الأشـكال المحددة بالمادة ٢٠ من القانون المدني المتضـمنة لقاعدة الإسـناد المتعلقة بذلك، ويعتبر التصـرف في هذه الحالة أنه أبرم في الدولة الموفد القنصـل إليها والتي تم التصـديق عليه بها وإن كان قد اتخذ الشكل الخارجي المقرر في قانون الدولة التي ينتمي القنصل إليها، ولهذه التفرقة أهمية عندما يكون التصـرف متعلقاً بإجراء قضـائي سـوف يتخذ في الدولة الموفد القنصـل إليها، إذ يتعين حينئذٍ أن يتخذ الشكل المقرر في قانون الدولة الأخيرة وفقاً لنص المادة ٢٢ من القانون المدني بحيث إن اتخذ الشكل المقرر في قانون دولة القنصل كان مخالفاً للشكل المقرر قانوناً فلا يعتد به "أنظر نقض ١٩٦٠/٥/٢٦ بالمادة ٢٢ فيما يلي". أما إن كان التصـرف المتعلق بإجراء قضـائي، كالتوكيل بالطعن بالنقض، قد اتخذ الشـكل المقرر في قانون الدولة التي يباشـر فيها الإجراء، فـإنـه يكون صـحيحاً ولو تم خـارج إقليم هـذه الـدولـة. (أنظر فيمـا تقـدم نقض ١٩٧٥/٢/١٢ و١٩٦٣/٢/٧)

وقد قضـت محكمة النقض بأن "العرف مصـدر أصـيل من مصـادر القانون الدولي ولا يوجد نص تشريعي في مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبية في مصر بأعمال التوثيق، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضـع وبين ما نصـت عليه الفقرة (و) من المادة الخامسـة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصـلية والتي انضـمت إليها جمهورية مصـر العربية اعتباراً من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتي تقضـي بأن الوظائف القنصـلية تشـمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارسـة الأعمال المشابهة وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإداري ما لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها" (نقض ١٩٧٤/١٢/٤ س٢٥ ص١٣٣٠)، وبأنه "القواعد المنظمة للتمثيل القنصلي بصفة عامة مرجعها إلى قواعد القانون الدولي العام وضمن الاختصاصات المتعارف عليها للبعثات القنصـلية قيام القناصـل بعمل موثق العقود ومسـجل الأحوال المدنية فضـلاً عن ممارسة بعض الاختصاصات ذات الطبيعة الإدارية بالنسبة لمواطنيه وفقاً لأحكام قوانين الدولة التي ينتمي إليها ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة الموفد إليها" (نقض ١٩٧٤/١٢/٤ س٢٥ ص١٣٣٠).

﴿ المـــادة ٢١﴾

"يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية العراقي م٢٧، السوداني م٢٨.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن "تنحصر القاعدة العامة في خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام. ولا تدخل الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة في نطاق النص نفسه لأن القانون نفسه هو الذي يتكفل بتقريرها وتعيين من يلتزم بها دون أن يضع لذلك ضابطاً معيناً أو قاعدة عامة ، ويختص هذا القانون (قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام) بالفصل في أركان المسئولية ومنها أهلية الشخص للمساءلة عن فعله الضار رغم عدم توافر أهلية التعاقد له، كما يختص بالفصل في آثار هذه المسئولية ومداها.

﴿ الشـــرح ﴾

- المقصود بالالتزامات : المقصود بالالتزامات غير التعاقدية هو الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار (المسئولية التقصيرية)، والالتزامات المترتبة على الفعل النافع (الإثراء بلا سبب). أما الالتزامات الناشئة عن العقد فهي تخضع لقانون الإرادة أو القانون موطن المتعاقدين المشترك أو محل الإبرام. إن الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة تخرج بدورها عن مضمون فكرة الالتزامات غير التعاقدية. وقد عني المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون المدني بإسناد الالتزامات غير التعاقدية لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، أي للقانون المحلي Loi locale. وتطبيق القانون المحلي في شأن المسئولية التقصيرية والإثراء بلا سبب هو الحل السائد فقهاً وقضاءً في معظم دول العالم. ومع ذلك يتجه بعض الشراح إلى إسناد الالتزامات غير التعاقدية لغير القانون المحلي. (هشام صادق – مرجع سابق – الوكيل- وأنظر منصور – مرجع سابق)
- ما يخرج عن نطاق تطبيق النص : يطبق النص على العمل غير المشروع أي أعمال تطبيق المسئولية التقصيرية على العمل غير المشروع وكذلك تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب على الالتزامات الناشئة عن العمل النافع ومن ثم لا يطبق أحكام النص على غير ذلك من مصادر المسئولية غير التعاقدية كالإدارة المنفردة. والمشرع المصري قد أخضع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي كقاعدة عامة. ومع ذلك فهناك استثناء أوردته الفقرة الثانية من المادة ٢١، بحيث لا ينطبق القانون المحلي على الفعل الضار إذا كان الفعل المعني مشروعاً في

القانون المصـــري. وعلى هذا الأســـاس، يجب على القاضـــي أن يرجع إلى القانون المحلي والقانون المصـــري في نفس الوقت، لإمكان تقدير مدى مشـــروعية الفعل ســـالف البيان. وقد بررت المذكرة الإيضـاحية الوضـع السـابق مقررة أن "إلحاق المشـروعية بواقعة أو نفي هذا الوصـف عنها أمر يتعلق بالنظام العام" (مجموعة الأعمال التحضـيرية للقانون المدني، ج١، ص٣٠٠).

- الاتجاهات الفقهية والمتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية : العديد من المشرعين العرب قد أسند المسئولية غير التعاقدية للقانون المحلي،كذا الحال، فعل المشرع المصري. والموقف السابق، يسود أيضاً في العديد من التشريعات الأجنبية. ويرى البعض، أن القاعدة المتقدمة تقوم على أســـاس منطقي ومع ذلك فهناك، من يهاجم القاعدة المتقدمة. فتطبيق القاعدة الســـابقة، قد يثير العديد من الصـعوبات العملية في بعض الفروض، سـواء إذا ما تعلق الأمر بالفعل الضـــار أو الفعل النافع، ففي الحالة التي يتعلق فهيا الأمر بالفعل الضـــار، فقد يقع هذا الفعل على إقليم لا يخضـــع لأي ســـيادة إقليمية. وهنا ســـوف يثار التســـاؤل عن ماهية القانون المحلي الواجب التطبيق. كذا الحال، إذا ما وقع الفعل الضـــار في إقليم دولة معينة، وتحقق الضـــرر في إقليم دولة أخرى، فما هو القانون المحلي في هذا الفرض أيضاً. أما إذا ما تعلق الأمر بالفعل النافع، فقد تثار بعض الصـــعوبات في تحديد القانون المحلي، في الفرض الذي تتوزع فيه عناصـــر الواقعة المنشـــئة للالتزام، بحيث يقع الافتقار في دولة معينة في حين أن الإثراء يقع في إقليم دولة أخرى. فما هو القانون المحلي في هذا الفرض. كذا فمن المتصـــور، أن يقع الفعل النافع على إقليم لا يخضع لأي سيادة إقليمية. وهنا أيضاً، سوف يثار التساؤل السابق. وقد أجيب على ذلك، بأن النقد المتقدم ليس موجهاً إلى القاعدة القاضية بتطبيق القانون المحلي في ذاتها، بل هو كاشف عن بعض الصعوبات التي تثيرها تطبيق القاعدة المتقدمة في بعض الفروض. ومع ذلك، فإن الفقه الدولي المعاصـــر، فقد أوجد العديد من الحلو التي يمكن إتباعها، حال تحقق أي فرض من الفروض الســـابقة. مع ذلك، فقد ذهب البعض، إلى أن تطبيق القانون المحلي يكون غير مناسب، في الفرض، الذي يتعين فيه الأخير، بناء على ظروف عارضة، ويمثل البعض لذلك بافتراض "أن إحدى المدارس الأمريكية قد أقامت معسكراً صيفياً للطلبة في مكان ناء بكندا بعيداً عن العمران، ثم حدث أن أصـــيب أحد الطلبة بناء على فعل غير مشروع ارتكبه طالب آخر أو أحد منظمي المعسكر. لاشك أن تطبيق القانون الكندي بوصفه القانون المحلي على دعوى المســـئولية في هذا الفرض يخلو من أي معنى، فمرتكب الفعل والمضـــرور والمشـــرفين على المعســـكر جميعهم يتمتعون بالجنســـية الأمريكية ويتوطنون الولايات المتحدة (الأمريكية). ومن ثم يبدو وقوع الفعل المنشـــئ للالتزام في الإقليم الكندي

كمجرد ظرف عارض لا يصلح معياراً سليماً للإسناد". وإزاء النقد السابق، حاول الفقه الدولي الحديث تطوير فكرة القانون المحلي، بحيث لا يفهم على أنه، قانون الدولة التي يقع على أرضها الفعل المنشئ للالتزام، بل بحسبانه القانون الذي يحكم الوسط الاجتماعي الذي وقعت في ظله الواقعة المنشئة للالتزام. وإعمالاً لهذا النظر، فإن الواجب هو تطبيق القانون الأمريكي على المثال سالف البيان، بحسبانه قانون الوسط الاجتماعي، الذي حدثت في ظله الواقعة المنشئة للالتزام. فمرتكب الفعل الضار أمريكي، والمضرور أمريكي، والمعسكر أمريكي، والمشرفين أمريكيين، والجميع متوطن في الولايات المتحدة الأمريكية. فكل الأمور السابقة تبرر تطبيق القانون الأمريكي، بحسبانه قانون الوسط الاجتماعي، في حين أن تواجد المعسكر في كندا هو أمر عارض، لا يمكن التعويل عليه، لعقد الاختصاص التشريعي للقانون الكندي، في هذا الفرض. ورغم سلامة هذا النظر في رأينا، فمن الصعوبة بمكان، تطبيقه في ظل المادة ٢١ مدني مصري، والتي ترى أن قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للمسئولية، هو الواجب التطبيق في هذا المقام. (الدكتور هشام خالد – مرجع سابق)، وذهب رأي آخر إلى أن إذا كان وقوع الخطأ في دولة والضرر في دولة أخرى أن وجوب تطبيق المبادئ العامة للقانون، على العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها. وأساس هذا النظر، أنه من غير المناسب، إخضاع العقد المعني لقانون الدولة المتعاقدة، أو للقانون المتقدم بالاشتراك مع قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقد الآخر. بل على العكس من ذلك، فمن الأفضل إخضاعه لنظام قانوني أعلى من القانونين المتقدمين، وهذا الأخير هو المبادئ العامة للقانون. ولا مجال في المقام الماثل للتفرقة بين المبادئ الصادرة عن الأمم المتمدينة، وتلك الصادرة عن أمم غير متمدينة، فالمبادئ القانونية العامة، واجبة الاعتبار أياً كان وصف الأمم التي صدرت عنها. ومن هذا المنطلق، أثرنا مع الفقه استئصال النزعة الاستعمارية التي شابت المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فتعين استعمال مصطلح أكثر إنسانية وواقعية ألا وهو "المبادئ العامة للقانون"، من شأنه إضفاء مسحة من الحيدة، على القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة. فإذا كان اختيار القانون وطني معين، كأن يكون الأخير قانون الدولة المتعاقدة، أو قانون جنسية المتعاقد الآخر معها، يفيد نوع معين من التحيز، فعلى العكس من ذلك، فإن اللجوء للمبادئ العامة للقانون يكشف ولأول وهلة، عن الحيدة الكاملة، بحسبانه نظاماً يعلو على قوانين الدولة. وقد انتهت محكمة التحكيم، التي تصدت للفصل في قضية: Le na Gold Field Ltd، ١٩٣٠ إلى اعتبار المبادئ العامة للقانون، هي القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الشركة المدعية والدولة الروسية. ويرى أنصار الاتجاه الماثل أن تطبيق المبادئ العامة للقانون قد يكون مستنداً إلى نص صريح ضمنه

المتعاقدان عقدهما. وقد يستفاد ذلك ضمناً، حين يتفق المتعاقدان إخضاع عقدهما للتحكيم، دون تحديد صريح للقانون الواجب التطبيق على عقدهم. فالوضع السابق يفيد لدى البعض انصراف إرادة الخصوم إلى إعمال المبادئ المتقدمة على عقدهما. وقد انقسم الفقه انقساماً شديداً حول المقصود بالمبادئ العامة للقانون، رغم شيوع استعمال هذا الاصطلاح كثيراً، فمن ناحية أولى: ذهب اتجاه أول، إلى القول بأن المقصود بذلك المبادئ العامة للقانون الدولي، ومن ناحية ثانية: ذهب اتجاه ثانٍ، إلى القول بأن المقصود بها، قواعد القانون الطبيعي وقواعد المنطق والعمل، ومن ناحية ثالثة: ذهب اتجاه ثالث إلى أن المقصود بذلك، المبادئ المشتركة المستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية. ولعل الاتجاه الأخير، هو الأقرب للصواب نظراً لصلاحية الأخيرة لحكم العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، عن الحال الذي يلجأ فيه إلى مبادئ القانون الدولي أو مبادئ القانون الطبيعي. (الدكتور هشام خالد - مرجع سابق- هشام صادق – مرجع سابق- منصور – مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أساس الخطأ المفترض من جانب المتبوع كتقصيره في مراقبة من عهد إليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع، ومقتضى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني هو عدم جواز الاتفاق سلفاً على الإعفاء من المسئولية عن العمل غير المشروع. وإذ كان هدف المشرع في تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ من القانون المدني ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطيني الذي لا تعرف نصوصه هذا المسئولية وطبق أحكام القانون المصري في هذا الخصوص" (نقض ١٩٦٧/١١/٧ س١٨ ص١٦١٤).

- تحديد القانون المحلي بالنسبة للمسئولية المترتبة على العقل النافع : يحكم القانون المحلي أركان الإثراء بلا سبب، فهو الذي يبين لنا مضمون الإثراء، وهل يلزم أن يكون إيجابياً، أم يمكن أن يكون سلبياً. وهل هو مباشر أم غير مباشر، مادي أم معنوي، وفضلاً عن ذلك يحدد لنا القانون المحلي أيضاً، مفهوم الافتقار، وهل هو إيجابي أم سلبي، وهب هو مباشر أو غير مباشر، ماد أم معنوي. ويحدد لنا القانون المحلي الحالات التي يكون فيها الإثراء مستنداً إلى سبب قانوني، والحالات التي ينعدم فيها السبب المبرر للإثراء. ويحكم القانون المحلي أيضاً دعوى الإثراء، حيث يحدد لنا ما إذا كانت أصلية أم احتياطية وهل يلزم توافر الإثراء وقتذاك.

كذا، يحدد لنا القانون المحلي، عناصــــر التعويض الواجب الحكم بها، لمن افتقر، وهل يتحدد على أساس ضوء قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار، أم أقل القيمتين، أم على أساس مختلف عما ذكر. وليس هناك مشكلة إذا أحدثت الواقعة التي ترتب عليها الإثراء والافتقار في دولة واحدة فهنا سيطبق القانون السائد في هذه الدولة أما إذا تفرقت الواقعة حيث حدثت واقعة الإثراء في دولة وواقعة الافتقار في دولة أخرى فذهب رأي إلى وجوب الاعتداد بقانون الدولة التي تحقق فيها الإثراء. وأساس هذا النظر لديهم، أن أساس المسئولية في هذا المقام، هو واقعة الإثراء. هذا إلى أن الإثراء أمر ظاهر في العالم الخارجي، بحيث يسهل إثباته، عن الحال الذي يتم فيه إثبات الافتقار بحسبانه أمراً سلبياً. وهذا الوضع يوجب تطبيق القانون السائد في دولة الإثراء. وإعمالاً لهذا النظر، فإذا ما تعلق الأمر بدفع غير المســـتحق، فإن القانون الواجب التطبيق عليه، هو قانون الدولة التي تم فيها الدفع. وإذا ما تعلق الأمر بالفضالة، فإن القانون السائد في الدولة التي تولى فيها الفضولي شئون رب العمل، هو الواجب التطبيق في هذا الفرض. ففي الحالتين المتقدمتين، تم تطبيق القانون الســـائد في الدولة التي تحقق فيها الإثراء. (الدكتور هشام صادق – مرجع سابق – منصور – مرجع سابق)

- المسئولية عن العمل الشخصي: يتصدى القانون المحلي، لبيان مضمون الخطأ. فهذا الأخير، يبين لنا ما إذا كان مسلك الشخص المعني، يدخل في عداد الخطأ من عدمه. كذا، يبين لنا هذا القانون، ما إذا كان الدفاع الشرعي، وتنفيذ أوامر الرؤساء والضرورة من الأمور التي تخلع وصف المشروعية على التعدي الصادر من الشخص المتقدم من عدمه. ويبين لنا القانون المحلي أيضـــاً، ما إذا كان الإدراك ركناً لازماً لوجود الخطأ، أم أن الأخير يمكن أن يوجد دونه. وتخضع أهلية المساءلة للقانون المحلي أيضاً. ووفقاً للقواعد العامة، يجوز استبعاد هذا القانون، في الفرض الذي يكون فيه متعارضاً مع النظام العام في مصر، نزولاً على مقتضى المادة ٢٨ مدني، ســالفة البيان. وقد عرض الأمر على محكمة النقض المصــرية في منازعة تتعلق بحادث وقع لإحدى الطائرات المملوكة لشــركة مصــر للطيران بمطار إيراني يدعى مهرباد. وقد ترتب على ذلك مفارقة الطاقم والركاب للحياة. وعلى أثر ذلك قامت إحدى الوارثات برفع الأمر للقضـاء المصـري، وقد اختصـت في الدعوى شـركة مصـر للطيران، بوصفها الشركة التي كان يعمل فيها مورثها (أحد أفراد الطاقم) مطالبة الحكم بإلزام الأخيرة، بتعويضها عن الضرر الذي أصابها من جراء وفاة مورثها في الحادث سالف البيان. وذهبت المدعية، إلى أن الشركة المتقدمة قد صدر عنها إهمال جسيم، تمثل في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتأمين نزول الطائرة، على النحو الذي أدى في النهاية إلى وفاة مورثها، ضـــمن آخرين، على ما سبق لنا بيانه. وقد دفعت شـركة مصـر للطيران الدعوى السـابقة، مقررة أن

القانون الإيراني هو الواجب التطبيق على المنازعة السـابقة بوصـفه القانون المحلي، وأن الأخير لا يجيز مساءلة الأشخاص الاعتبارية، الأمر الذي يوجب رفض دعوى المدعية سالفة البيان. رغم ذلك ذهبت المحكمة الابتدائية إلى إلزام الشـركة المدعى عليها، بتعويض الطالبة عن الضـرر الذي أصـابها من جراء فقدها لمورثها بسـبب الحادث سـالف البيان. وقد ذهبت محكمة الاستئناف إلى تأييد قضاء محكمة أول درجة، الأمر الذي دفع شركة مصر للطيران إلى الطعن بالنقض في الحكم المتقدم، على أسـاس مخالفة محكمة الاسـتئناف لأحكام القانون الإيراني، والتي لا تجيز مسـاءلة الشـخص الاعتباري إطلاقاً. وقد انتهى الأمر بمحكمة النقض، إلى رفض الدفاع المتقدم على أسـاس أن الأحكام الواردة في القانون الإيراني والتي تحول دون مسـاءلة الشـخص الاعتباري عن فعله التقصـيري، تعتبر مخالفة للنظام العام في مصر إعمالاً للمادة ٢٨ مدني مصري. ويحدد لنا القانون المحلي ماهية الأضرار التي يجوز التعويض عنها وتلك التي لا ينصـرف إليها الوضـع المتقدم. كذا نوع السـببية التي يجب أن تربط الخطأ بالضـرر، وفي النهاية، يحدد لنا القانون سـالف البيان أسـباب دفع المسـئولية. (الدكتور هشـام خالد – مرجع سـابق – وأنظر هشـام خالد – مرجع سـابق- منصـور- مرجع سابق- الوكيل – مرجع سابق)

- المسـئولية عن عمل الغير : ومثال هذا النوع من المسـئولية، مسـئولية المتبوع عن أعمال تابعة، كذا الحال بالنسـبة لمسـئولية من يتولى رقابة من حددهم القانون. والقانون المحلي – بالتحديد السابق، هو الذي يقرر لنا، من يعتبر متولياً للرقابة، كذا من يعد متبوعاً. كما يبين لنا ذات القانون المتقدم، أساس المسئولية التقصيرية وعما إذا كانت قائمة على قرينة الخطأ القابل لإثبات العكس من عدمه. كذا فإن القانون المتقدم هو الذي يبين لنا الحالات التي يجوز فيها للمتبوع ولمتولي الرقابة، دفع القرينة السابقة.

وقد ذهبت محكمة النقض المصـرية في الحكم الصـادر عنها بجلسـة ١٩٦٧/١١/٧، إلى أن "مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أسـاس الخطأ المفترض في جانب المتبوع لتقصـيره في مراقبة من عهد إليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسـئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشـروع، وكان مقتضـى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني هو عدم جواز الاتفاق سـلفاً على الإعفاء من المسـئولية عن العمل غير المشـروع، وإذ يهدف المشـرع من تقرير مسـئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشـروعة، إلى سـلامة العلاقات، في المجتمع مما يعد من الأصـول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصـادي في مصـر، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ أعتبر القاعدة المقررة لمسـئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشـروعة من المسـائل المتعلقة بالنظام

العام في معنى المادة ٢٨ ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطيني الذي لا تعرف نصوصه هذه المسئولية وطبق أحكام القانون المصري في هذا الخصوص (مجموعة أحكام النقض، س١٨، ع٤، أكتوبر – ديسمبر ١٩٦٧، ص١٦١٤) وعلى هذا الأساس، يبين لنا، أن محكمة النقض المصرية – كما يشهد بذلك قضاءها السابق- تعتبر أحكام مسئولية المتبوع عن أعمال التابع والمؤسسة على فكرة الخطأ المفترض، إنما تتعلق بالنظام العام.

- المسئولية عن الأشياء: ويقصد بالمسئولية عن الأشياء مسئولية الشخص عن أشياء معينة كالآلات أو الحيوانات، وذلك إذا ما سببت الأخيرة ضرراً للغير. ويخضع هذا النوع من المسئولية للقانون المحلي. ويقصد بالأخير القانون المطبق في الدولة التي حدث فيها فعل الشيء المعني، حيواناً كان أم آلة. فالقانون المتقدم، هو الذي يبين لنا أساس المسئولية الشيئية. وهل هو الخطأ المفترض من عدمه، كذا يبين لنا القانون المتقدم. الحالات التي يجوز فيها للحارس نفي الخطأ.
- آثار المسئولية: تخضع آثار المسئولية للقانون المحلي أيضاً، فالقانون المتقدم، هو الذي يحكم التعويض وطرقه ومقداره، وكيفية أدائه. فالقانون المتقدم، هو الذي يبين لنا طريقة التعويض "هل يكون بالتنفيذ العيني أم يكون تعويضاً نقدياً أم غير نقدي، وإذا كان تعويضاً نقدياً، فهل يؤدى مرة واحدة أم مقسطاً أم في صورة إيراد مرتب مدى الحياة". ويحدد لنا القانون المحلي أيضاً مقدار التعويض، وهل يكون عن الضرر المباشر فقط، أم يمتد ليشمل أيضاً الضرر غير المباشر. كذا هل يعتد هنا بالضرر المادي فقط، أم بالضرر المعنوي أيضاً. وقد كانت المادة ٢/٥٠ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تنص على أنه "أما إذا كانت هذه الوقائع التي حدثت في الخارج تعتبر غير مشروعة في مصر، فليس للمصاب مع ذلك أن يطالب بتعويض أكبر مما يخوله إياه القانون المصري في مثل هذه الحالة" (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج١، ص٣٠٠) وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، إلى أن أساس الاحتكام للقانون المصري في هذا الصدد، هو بتعلق قاعدة المسئولية هنا بالنظام العام في مصر. وقد تم حذف النص السابق، بحسبان تعلقه بأحكام تفصيلية، رؤى أنه من الأفضل تركها لاجتهاد الفقه والقضاء.
- المسئولية المترتبة على جريمة وقعت في الخارج : تنص المادة ٣ من قانون العقوبات المصري، على أنه "كل مصري ارتكب وهو خارج القطر فعلاً يعتبر جناية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه". وإزاء ذلك، يثار التساؤل عن الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحاكم الجنائية المصرية، بالتبعية للدعوى الجنائية الماثلة أمامها أيضاً، فهل يطبق على الدعوى

المدنية القانون السائد في الدولة التي تم ارتكاب الجريمة فيها، أم القانون المصري بحسبان، أن الأخير يحكم الجريمة ومن هذا المنطلق يجب أن يمتد لحكم الدعوى المدنية المترتبة عنها، نظراً للارتباط الشديد بينهما؟ وذهب البعض إلى وجوب تطبيق القانون الجنائي الوطني على الشق الجنائي من الواقعة، مع تطبيق القانون المدني الوطني على شقها المدني تحقيقاً للانسجام في هذا المقام. (الدكتور – هشام خالد – مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الأصل أن التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة تستدعي التدليل عليها، إلا أنه في خصوص سريان قانون العقوبات المصري خارج الإقليم المصري عملاً بحكم المادة الثالثة من هذا القانون، فإنه يتعين على قاضي الموضوع – وهو بصدد إنزال حكم القانون على الواقعة المطروحة عليه – أن يتحقق من أن الفعل معاقب عليه بمقتضى قانون البلد الذي أرتكب فيه" (نقض جنائي ١٩٦٢/١٢/١٧ س١٣ ص٨٤٦).

- لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام، وقد قضت محكمة النقض بأن "تنص المادة ٢٨ من القانون المدني على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر. ومؤدى ذلك نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع، وإذ كان الاعتراف بالأشخاص الاعتبارية وتقرير مساءلتها مدنياً عما يسند إليها من أعمال غير مشروعة يعتبر من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر وتعتبر بالتالي من المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة المشار إليها فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد القانون الإيراني وطبق أحكام القانون المصري لما أن القانون الأول لا يجيز مساءلة الشخص الاعتباري عن الفعل الضار فإنه لا يكون مخالفاً للقانون ولا يقدح في صحته ما جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً على قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون المدني من أن القانون الأجنبي يختص بالفصل في أهلية المساءلة عن الفعل الضار ذلك أن القانون الأجنبي يمتنع تطبيقه عملاً بالمادة ٢٨ مدني كلما كان حكمه في شأن المسئولية أو في شأن شرط من شروطها مخالفاً للنظام العام" (الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥)، وبأنه "تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أساس الخطأ المفترض من جانب المتبوع كتقصيره في مراقبة من عهد إليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع، ومقتضى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني هو عدم جواز الاتفاق سلفاً على الإعفاء من المسئولية عن العمل غير المشروع. وإذ كان هدف المشرع في تقرير

مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ من القانون المدني ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطيني الذي لا تعرف نصوصه هذا المسئولية وطبق أحكام القانون المصري في هذا الخصوص" (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٧).

﴿ المـــادة ٢٢﴾

"يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوري م٢٣، الليبي م٢٢، العراقي م٢٨، السوداني م٣٠.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن "ويلاحظ أن تعبير الاختصاص ينصرف إلى ولاية المحاكم كما ينصرف إلى الاختصاص النوعي والمكاني والشخصي، وأن تعبير الإجراءات يشمل جميع الأوضاع التي تتبع أمام المحاكم لاستصدار أمر ولائي أو حكم قضائي لمباشرة إجراءات التنفيذ وغيرها من الإجراءات التي رسمها القانون... وأن هذا الحكم يقوم على اتصال تلك القواعد وهذه الإجراءات بالنظام العام "المؤلف" أن قواعد وإجراءات المرافعات لا تتعلق بصفة مطلقة بالنظام العام"

﴿ الشـــرح ﴾

- أولاً: الاختصاص الدولي للمحاكم : متى رفع النزاع إلى محكمة دولة معينة، فإنه يخضع للنصوص التي تحدد الاختصاص المتعلق بعرضه على قضاء هذه الدولة، بصرف النظر عن جنسية الخصوم ومن ثم وجب تحديد الجهة ذات الولاية التي تختص بنظره، فقد تكون جهة القضاء العام وقد تكون جهة القضاء الإداري وقد تكون جهة إدارية وذات اختصاص قضائي، فإن رفع النزاع لجهة لا ولاية لها، تعين القضاء بعدم الاختصاص ولو لم يبد دفع بذلك لتعلق الاختصاص الولائي بالنظام العام لاتصاله بالنظام القضائي. وبعد تحديد الجهة ذات الولاية بنظر النزاع، يجب معرفة ما إذا كانت هذه الجهة تختص محلياً وفقاً للنصوص المتعلقة بالاختصاص المحلي فإن لم تكن مختصة ولم يدفع أمامها بعدم الاختصاص تعين عليها نظر النزاع لعدم تعلق الاختصاص بالنظام العام، كما يجب أن تكون الجهة التي رفع إليها النزاع

مختصة قيمياً فإن لم تكن كذلك تعين عليها أن تقضي بعدم اختصاصها قيمياً من تلقاء نفسها باعتبار هذا الاختصاص متعلق بالنظام العام. ويخضع النزاع من حيث الاختصاص لقانون القاضي، وقد يكون هذا القانون هو قانون المرافعات أو قانون مجلس الدولة، أو القانون المدني عندما يحدد الاختصاص لمحكمة معينة مثل إيداع الثمن في دعوى الشفعة، وقد يكون قانوناً جنائياً فيما يتعلق بالدعوى المدنية. فمحاكم أمن الدولة لا تختص بنظر الدعوى المدنية المترتبة على الجريمة، وقد يكون قانون المحاماة، أو غيرها. وإذا ما اختصت محكمة بنظر النزاع، انتقلنا من نطاق الاختصاص الدولي إلى الاختصاص الذي ينظمه القانون المصري ولائياً ونوعياً وقيمياً ومحلياً باعتباره قانون القاضي، وحينئذٍ يخضع هذا الاختصاص لكافة النصوص التي تحكمه في القانون المصري، فالدفوع يجب إبداؤها بالترتيب الذي حدده القانون وإلا سقط الحق في إبدائها، وإذا قضت المحكمة بعدم الاختصاص نهائياً إذ يجوز الطعن فيه على استقلال باعتباره منهياً للنزاع (نقض ١٩٧٩/١/٢٠ طعن ٨٩٨ س ٤٣ق) فينصرف الاختصاص المنصوص عليه بالمادة ٢٢ من القانون المدني إلى الاختصاص الداخلي على نحو ما تقدم، أما الاختصاص الدولي للمحاكم فيخضع لنصوص أخر.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ نصت المادة ٢٢ من القانون المدني على أن "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات" فقد أفادت خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي وذلك باعتبار أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة يؤديها وفقاً لقواعد المرافعات المقررة في قانونها دون قواعد المرافعات في أي دولة أخرى وباعتبار أن ولاية القضاء إقليمية بما يوجب أن تكون القواعد اللازمة بمباشرته هي الأخرى إقليمية" (نقض ١٩٦٩/٥/٦ س٢٠ ص٧١٧).

- الدفع بعدم الاختصاص الدولي ، وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر أن الدفع بعدم اختصاص محاكم الجمهورية دولياً بنظر النزاع من الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام ويتعين على المتمسك به إبدائه قبل التكلم في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه ويظل هذا الدفع قائماً إذا أبدى صحيحاً ما لم ينزل عنه المتمسك به إبدائه قبل التكلم في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه ويظل هذا الدفع قائماً إذا أبدى صحيحاً ما لم ينزل عنه المتمسك به صراحة أو ضمناً" (الطعن رقم ١٤٥ س ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٥)، وبأنه "المقرر أن المادة ٢/٣٠ مرافعات تنص على "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية: ١- ....، ٢- إذا كانت الدعاوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو ....، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بقبول الدفع المبدى من المطعون ضده بعدم اختصاص

المحاكم المصرية بنظر النزاع مؤيداً ما انتهى إليه الحكم المستأنف في قضائه بعدم الاختصاص على سند من أن السفينة المطلوب تثبيت الحجز التحفظي عليها غير موجودة في مصر، فلا عليه إذ لم يعرض لما أثارته الطاعنة من أن الحكم المطعون فيه قد اكتفى ببحث مدى سقوط أو عدم سقوط حق المطعون ضده في التمسك بالدفع بعدم الاختصاص دون أن يعرض لصحة الدفع أو عدم صحته من حيث توافر الاختصاص أو عدم توافره إذ أنه دفاع غير مؤثر فيما انتهى إليه الحكم سديداً وبالتالي فإن النعي غير مقبول" (الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٥)

- يسري على قواعد المرافعات سواء ما تعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات التقاضي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات : مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدني خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي وذلك باعتبار أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة يؤديها طبقاً لقواعد المرافعات المقررة في قانونها دون قواعد المرافعات في أي دولة أخرى، وباعتبار أن ولاية القضاء إقليمية بما يوجب أن تكون القواعد اللازمة لمباشرته هي الأخرى إقليمية.

وقد قضت محكمة النقض بأن "تنص المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات على أن يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض، مما مؤداه أن التوكيل بالطعن بطريق النقض يعتبر من الإجراءات المتعلقة بهذا الطعن، ولما كانت المادة ٢٢ من القانون المدني تقضى بأن يسري على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تباشر فيه تلك الإجراءات، وكان البين من التوكيل الصادر من الطاعن إلى المحامي الذي رفع الطعن أنه حرر في دولة قطر وتم التصديق على إمضاء الطاعن بقنصلية مصر بالدوحة، فإن هذا التوكيل يتعين أن يتم وفقاً لما يتطلبه القانون المصري. لما كان ذلك وكانت المادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ بإصدار قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي- قبل إلغائه بالقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ – قد ناطت بإعطاء بعثات التمثيل القنصلي بعض الاختصاصات، من بينها التصديق على توقيعات المصريين، واشترطت أن يتم ذلك بإتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية، وكان قرار وزير الخارجية المصرية الصادر في يوليو سنة ١٩٧٧ – بناء على القانون سالف الذكر والقانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٥ بتنظيم وزارة الخارجية – قد حدد الإجراءات التي يتم بها التصديق على المحررات الموقع عليها من المصريين المتواجدين بالخارج ويرغبون في تقديمها إلى السلطان الرسمية المصرية أو الأجنبية وأوجب على أعضاء البعثات – المخولين حق مباشرة الأعمال القنصلية بصفة عامة والتصديق على المحررات بصفة خاصة – موافاة وزارة الخارجية بثلاث صور من

نماذج توقيعاتهم باللغتين العربية والأفرنجية مقرونة بالخاتم المستعمل للتصديق على النموذج المعد لهذا الغرض، حتى تقوم وزارة الخارجية باعتماد التصديقات التي تقوم بها تلك البعثات في الخارج للتحقق من سلامة إجراءات التصديق وحق من باشره في إجرائه، مما مفاده ضرورة اعتماد وزارة الخارجية لتوقيع من باشر إجراءات التصديق خارج مصر حتى تستوفي هذه الإجراءات الشكل القانوني لها ويمك الاحتجاج بها، لما كان ما تقدم وكان التوكيل آنف الذكر قد خلا من اعتماد وزارة الخارجية المصرية لتوقيع القنصل المصري الذي صدق على توقيع الطاعن خارج مصر فإنه لا يعتبر توكيلاً موثقاً وفقاً لأحكام القانون المصري" (الطعن رقم ٩١٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٢)، وبأنه "لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين في ''مرسيليا'' وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراءات التحكيم في الخارج ولم يرد في ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيها طبقاً لما تقضي به المادة ٢٢ من القانون المدني بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام في مصر" (الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٦/١٣)، وبأنه "تقضي الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني بسريان قانون الدولة التي تم فيها العقد عند اختلاف الموطن ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه، وتنص المادة ٢٢ من هذا القانون على أن يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، وإذ كان الثابت من الأوراق أن وثائق التأمين قد أبرمت في مصر وأن المستأنف وهو المدين المحجوز عليه مصري الجنسية وأن الدعوى المقامة دعوى بطلان حجز ما للمدين لدى الغير موقع في مصر على أموال موجودة فيها فإن القانون المصري يكون هو الواجب التطبيق علاوة على أن المحاكم المصرية تكون هي المختصة وحدها بنظر دعوى البطلان والطلبات الموضوعية المرتبطة بها" (الطعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣|)، وبأنه "المادتان ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحري المصري تتعلقان – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها، ذلك أنهما وردتا دون سواهما في الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحري تحت عنوان "في عدم سماع الدعوى" على خلاف المواد ٢٦٩ وما يليها والتي جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان "زوال الحقوق بمضي المدة" مما يقيم فارقاً بين نوعي المواعيد الواردة في كل من الفصلين المشار إليهما. وإذ استهدف المشرع بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضي ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق في إقامة الدعوى دون أن يمتد السقوط إلى الحق في ذاته، وذلك بقصد إضفاء

حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة في وقت يتعذر عليه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته فإن في ذلك جميعه ما يسبغ على القواعد المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التي لا تمس موضوع الحقوق المتنازع عليها فتخضع بذلك لقانون القاضي في معنى المادة ٢٢ من القانون المدني، ولا يقدح في ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين المشار إليهما بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق فيه على المواعيد الواردة في هذا الخصوص بقانون أجنبي وأنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام طالما أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعد المرافعات لقانون القاضي وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها" (الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٣)، وبأنه "وفقاً للمادة ٢٢ من القانون المدني يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ولا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات من أن الدعوى بإثبات النسب ترفع وفقاً للأحكام والشروط وفي المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع في إثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور إذ لم يقصد بها – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ – ألا تعيين الأحوال التي تقبل فيها الدعوى والمواعيد التي يجب أن ترفع فيها والقواعد التي تتبع في إثباتها وهي مسائل تتصل بالحق موضوع النزاع اتصالاً لا يقبل الانفصال" (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٦/٣/١)، وبأنه "إذ ثبت من الترجمة الرسمية لحكم التحكيم أنه قد تأكد لدى المحكم استلام الطاعنة لطلب الحضور الذي أرسله لها وتخلفها عن الحضور دون عذر مقبول، فإن ما اشترطته المادة الخامسة (ب) من اتفاقية نيويورك – الواجبة التطبيق- لرفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبي من تقديم الدليل على عدم إعلان المحكوم ضده إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، وأنه قد استحال عليه لسبب آخر تقديم دفاعه، يعد من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضي" (الطعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٧/١٦)، وبأنه "إذ نصت المادة ٢٢ من القانون المدني على أن ''يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات'' فقد أفادت خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي وذلك باعتبار أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة يؤديها وفقاً لقواعد المرافعات المقررة في قانونها دون قواعد المرافعات في أي دولة أخرى وباعتبار أن ولاية القضاء إقليمية بما يوجب أن تكون القواعد اللازمة لمباشرته هي الأخرى إقليمية وإذا كانت قاعدة وجوب اشتمال الحكم على الأسباب التي بنيت عليه هي من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضي وهو –

بالنسبة للحكم المطلوب تنفيذه في مصر والصادر من محكمة الخرطوم العليا – قانون جمهورية السودان وكان يبين من ذلك الحكم أنه وإن لم يشتمل على أسباب إلا أنه قابل للتنفيذ في جمهورية السودان ومن ثم يمكن إصدار الأمر بتنفيذه في مصر إذا استوفت باقي الشرائط الأخرى المقررة في هذا الخصوص. ولا يقدح في ذلك ما قضت به المادة ٣٤٧ من قانون المرافعات السابق من وجوب اشتمال الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة ذلك أن الخطاب بهذا النص متعلق بالأحكام التي تصدر في مصر طالما أنه لم يثبت أن تبادل تنفيذ الأحكام بين الدولتين يتطلب المراجعة (الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٣٥ق – م نقض م – ٢٠- ٧١٧)، وبأنه "متى كان المدعى عليه مقيماً في بلد المحكمة الأجنبية ولو لم تدم إقامته فيها زمناً يسيراً فإنها تكون مختصة بنظر الدعوى طبقاً للقانون الدولي الخاص مادام لم ينكر أنه استلم صحيفة الدعوى وهو في البلد ولم يدع بوقوع بطلان في الإجراءات أو غش" (الطعن رقم ٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)، وبأنه "متى كانت المحكمة قد أثبتت بالأدلة السائغة التي أوردتها أن المدعى عليه الإنجليزي الجنسية متوطن في مصر فإنها تكون قد أصابت إذ طبقت القانون المصري على واقعة الدعوى التي رفعت أمامها، واعتبرت الحكم الصادر من المحكمة الانجليزية بتطليق المدعية الانجليزية الجنسية من المدعى عليه قد صدر من محكمة غير مختصة، ذلك أن المادة ٢٢ من القانون المدني المصري تنص على أنه يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات وأنه بمقتضى المادة ٨٥٩ والفقرة الأولى من المادة ٨٦١ مرافعات تختص المحاكم المصرية بقضايا الأحوال الشخصية للأجانب المتوطنين في مصر" (الطعن رقم ٤ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن "اختصاص المحاكم الانجليزية بتطليق المدعى عليه المتوطن في مصر من المدعية هو أمر متعلق بالنظام العام فلا يصححه قبول المدعى عليه هذا الحكم وعدم استئنافه في بلده ثم حضوره في دعوى النفقة أمام محكمة بلده دون أن يدفع بعدم اختصاصها وتنفيذه أحد أحكام النفقة من تلقاء نفسه معترفاً بحكم التطليق" (الطعن رقم ٤ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦)، وبأنه "نصت المادة ٤٢٩ من قانون المرافعات على أن الطعن بطريق النقض يحصل بتقرير يكتب في قلم كتاب محكمة النقض ويوقعه المحامي المقبول أمامها الموكل عن الطاعن، ومؤدى ذلك أن التوكيل بالطعن يعتبر من الإجراءات المتعلقة بالطعن، كما نصت المادة ٢٢ من القانون المدني على أن يسري على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تباشر فيه تلك الإجراءات، فإذا كان يبين من الإطلاع على التوكيل الصادر إلى المحامي المقر بالطعن أنه حرر في مصر وصدر من الموكل لاتخاذ إجراءات الطعن الحالي بموجب فإن هذا التوكيل يتعين أن يتم وفقاً لما يتطلبه القانون المصري، ولما كانت المادة ٢٧ من قانون المحاماة

رقم ٩٦ ســـنة ١٩٥٧ أوجبت أن يتم التوكيل إما بورقة عرفية بشـــرط أن يصـــدق فيها على الإمضـاء، وكانت المادة ٣ من القانون ٦٨ سنة ١٩٤٧تنص على أن تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات عدا ما كان منها متعلقاً بالأحوال الشـخصـية مما يفيد أنه متى كان التوكيل محرراً في مصـر فإنه يتعين أن يكون موثقاً من أحد هذه المكاتب وكان يبين من الإطلاع على التوكيل أنه لم يصـدق عليه من أي مكتب من مكاتب التوثيق في مصـر، فإنه لا يعتبر توكيلاً موثقاً وفقاً لأحكام القانون المصري، وعلى ذلك فلا محل للاعتداد في هذا الخصوص بما ذيل به التوكيل من اعتماد القائم بأعمال السـفارة اليونانية لإمضـــاء الموكل عليه، ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبول الطعن" (الطعن رقم ٢٤ لسـنة ٢٧ق جلسـة ١٩٦٠/٥/٢٦)، وبأنه "إذا كانت المحكمة العليا بلندن غير مختصة بدعوى التطليق وفقاً لأحكام القانون المصري بسبب توطن الزوج في مصر وقت رفع الدعوى ويكون الاختصاص بدعوى التطليق وما تفرع عنها للمحاكم المصرية وفقاً للمادة ٢٢ من القانون المدني المصـــري" (نفس الحكم السـابق)، وبأنه "متى رفعت الدعوى بطلب أحقية في استعمال اسم وكان المدعي مقيماً بمصر والمدعى عليه من الأجانب المقيمين بها فإن هذا الطلب يدخل في اختصـاص المحاكم الوطنية للأحوال الشـخصـية" (الطعن رقم ٤ لسـنة ٢٤ق جلسـة ١٩٥٦/١/١٢)، وبأنه "مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدني أنه يسـري على قواعد المرافعات سـواء ما تعلق منها بالاختصـاص أو بإجراءات التقاضـي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، والأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقاً لقواعد المرافعات المقررة في قانونها، وإن هذه القواعد تعد من قواعد القانون العام اللازمة لمباشـرة هذه الوظيفة. شـأنها في ذلك شـأن القواعد اللازمة لمباشرة وظائف الدولة الأخرى حتى وإن كانت الغاية منها حماية الحقوق الخاصة، وأنها بهذه المثابة تعد قواعد إقليمية تسري على كافة المنازعات سواء كانت وطنية في جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية، وأن هذا الأساس يتنافر مع أي أساس آخر يقوم على فكرة النظام العام لتبرير قاعدة خضـوع قواعد الإجراءات لقانون القاضـي. ذلك أن تطبيق القانون الوطني بناء على فكرة النظام العام مجاله أن يكون الاختصـاص معقوداً أصـلاً لقانون أجنبي، واستبعد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لاختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون، أما حيث يكون القاضـي الوطني طبقاً لقاعدة الإسـناد الواردة به هو صـاحب الاختصـاص العادي والواجب التطبيق على قواعد المرافعات باعتباره قانون القاضـي، فلا محل لإثارة النظام العام كأسـاس يقوم عليه تطبيقه. ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضـاحية للمادة ٢٢ من القانون المدني من أن هذا الحكم يقوم على اتصـال تلك القواعد وهذه الإجراءات بالنظام العام. إذ أن من قواعد الاختصـاص وإجراءات التقاضـي ما لا يتعلق بالنظام

العام ويجوز النزول عنها، ولا يحول ذلك دون اعتبارها من قواعد المرافعات جميعها بغير تخصيص بتلك التي تتعلق بالنظام العام" (الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٣)، وبأنه "جميع المسائل الخاصة بإجراءات التطليق والانفصال خاضعة للقانون المصري وحده إذ هو قانون البلد الذي أقيمت فيه الدعوى وبوشرت الإجراءات وذلك وفقاً لنص المادة ٢٢ من القانون المدني" (الطعن رقم ٢ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٣/٦/٣٠).

وقضت أيضاً محكمة النقض بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا سبيل لإهدار الأحكام بدعوى بطلان أصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية، وإنه ولئن كان قانون الدولة التي يراد التمسك فيها بالحكم هو القانون الواجب التطبيق في ماهية الحكم وبيان ما يعتبر حكماً يصدر الأمر بتنفيذه، إلا أنه بالنسبة لبنيان الحكم في مفهوم أحكام القانون الدولي الخاص فإن قانون القاضي الذي أصدره يكون هو وحده الذي يحدد بنيانه مما يجعله مستوفياً الشكل الصحيح، وإن خالف هذا البنيان ما هو متواضع عليه في مصر، وإذ كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الحكم الصادر من الدائرة ٣٠٨ بمحكمة هاريس بولاية تكساس الأمريكية هو حكم أجنبي فإن قانون القاضي الذي أصدره يكون وحده الذي يحدد بنيانه حتى ولو خالف هذا البنيان ما هو متعارف عليه في مصر وذلك أخذاً بمفهوم أحكام القانون الدولي ولا سبيل لإهداره بدعوى بطلانه طالما أنه صدر من جهة ذات ولاية بإصداره بحسب قانونها وبحسب قواعد القانون الدولي الخاص ذلك لأنه ليس له أثر إيجابي إلا إذا منح الصيغة التنفيذية وفقاً للأوضاع والشروط التي حددها المشرع المصري في المواد ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨ من قانون المرافعات فإن تخلفت تلك الشروط التي حددها المشرع لتنفيذ الحكم الأجنبي أو الأمر الأجنبي فإن ولاية القاضي المصري تقتصر على رفض تذييل الحكم أو الأمر الأجنبي بالصيغة التنفيذية ولا يمتد عمل القاضي إلى الحكم بالبطلان إذ القول بغير ذلك مؤداه ولاية القاضي المصري على أحكام المحاكم الأجنبية وهو ما لا يجوز" (الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩١/١٢/٣١)

- ويجوز الأخذ بالحكم الأجنبي الصادر بصفة نهائية ولو لم يكن قد أعطى الصيغة التنفيذية شريطة ألا يكون مخالفاً للنظام العام، وقد قضت محكمة النقض بأن "القاعدة المنصوص عليها بالمادة ٢٢ من القانون المدني تنص على أن تسري على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تجرى مباشرتها فيها، وإعلان الخصوم بالدعوى مما يدخل في نطاق هذه الإجراءات" (الطعن رقم ٨٨٣٧ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٣)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن شرط إعلان الخصوم على الوجه الصحيح هو مما يجب التحقق من توافره في الحكم الأجنبي قبل أن يصدر الأمر بتذييله بالصيغة التنفيذية عملاً بالبند الثاني من المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات وإذ كانت القاعدة الواردة بالمادة ٢٢ من القانون

المدني تنص على أنه يسري على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تجرى فيه مباشـــرتها فيه وكان إعلان الخصـــوم بالدعوى مما يدخل في نطاق هذه الإجراءات، والتحقق من إعلان الخصوم وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم الأجنبي منوط بالمحكمة المختصة بالحكم بشمول الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية" (الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/٣/٩)، وبأنه "طالما كان قانون الدولة التي يراد التمسك فيها بالحكم هو القانون الواجب التطبيق لتحديد ماهية الحكم وبيان ما يعتبر حكماً يصدر الأمر بتنفيذه، إلا أنه بالنسبة لبيان الحكم في مفهوم أحكام القانون الدولي الخاص فإن قانون القاضـــي الذي أصـــدره يكون هو وحده الذي يحدد بنيانه مما يجعله مستوفياً الشكل الصحيح، وإن خالف في هذا البنيان ما هو متواضع عليه في مصر من الفصل بين أسباب الحكم ومنطوقه" (الطعن رقم ٥٩٠ لسنة ٣٤ق م نقض م – ٢٠- ١٧٦)، وبأنه "متى كان الحكم الأجنبي بشأن حالة أشخاص قد صدر بصـــفة نهائية ومن جهة ذات ولاية بإصـــداره وليس فيه مخالفة للنظام العام في مصـــر فإنه يجوز الأخذ به أمام المحاكم المصـــرية ولو لم يكن قد أعطى الصـــيغة التنفيذية" (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦)

- اختصــاص العائلة الحاكمة بدولة البحرين ، فقد قضــت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٢١ من المرسوم الأميري رقم ١٢ لسنة ١٩٧٣ بنظام توارث العرش بدولة البحرين على أن "يتولى مجلس العائلة الحاكمة رعاية شئون القاصرين من أبنائها، كما يختص بالبت في جميع مســائل الأحوال الشــخصــية التي يكون أحد أطرافها من العائلة. ويتولى الشــئون المالية التي يكون جميع أطرافها من العائلة، وللمجلس أن يعهد بكل أو بعض اختصاصه المنصوص عليه في هذه المادة إلى هيئة من أعضـــاء العائلة الحاكمة، يدل على أن الاختصـــاص القضـــائي المنوط بمجلس العائلة الوارد في الفقرة الأولى من هذه المادة لا يقتصر على مسائل الأحوال الشخصية التي يكون أحد أطرافها من العائلة، وإنما – يمتد أيضاً إلى الشئون المالية بشرط أن يكون جميع أطرافها من العائلة، يؤيد ذلك النص في الفقرة الثانية من ذات المادة على إعطاء المجلس صلاحية أن يعهد بكل أو بعض اختصاصه القضائي المنصوص عليه فيها إلى هيئة من أعضـــاء العائلة الحاكمة وهو ما ينصـــرف إلى جميع المســـائل الواردة بالفقرة الأولى لأن الإحالة جاءت عامة مطلقة دون تخصيص بمسائل الأحوال الشخصية التي يكون أحد أطرافها من العائلة الحاكمة" (الطعن رقم ١٨١ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١١)
- الاختصاص لا ينعقد للمحاكم المصرية في حالة مس موضوع الدعوى سيادة دولة أجنبية ، فقد قضــت محكمة النقض بأن "لا ينعقد الاختصــاص للمحاكم المصــرية إذا مس موضـــوع الدعوى سيادة دولة أجنبية. كما لو قامت علاقة تنظيمية بين عامل مصـري وحكومة أو هيئة

عامة أجنبية حيث ينعقد الاختصاص في هذه الحالة لمحاكم هذه الدولة" (نقض ١٩٧٢/١١/١٨ س٢٣ ص١٢٥٧)

- القانون الواجب التطبيق على التحكيم ، فقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ١/٥ – أ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية – والتي انضمت إليها مصر بالقرار الجمهوري رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ الصادر في ١٩٥٩/٢/٢ وأصبحت تشريعاً بها اعتباراً من ١٩٥٩/٥/٨ على أنه "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم وبنا على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أي اتفاق التحكيم، كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم" يدل على أن الاتفاقية افترضت في حكم المحكمين الأجنبي المطلوب تنفيذه في دولة القاضي صدوره استناداً إلى اتفاق تحكيمي توافرت له مقومات وجوده وصحته فأقامت بذلك قرينة قانونية من شأنها نقل عبء إثبات كل إدعاء بانعدام هذا الاتفاق أو عدم صحته إلى عاتق من يطلب تنفيذ الحكم ضده، وجعلت المرجع في ذلك – عدا الادعاء بانعدام أهلية أطرافه – إلى القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اتفاقهم على التحكيم ذاته أو ليحكم العقد الأصلي الوارد اتفاق التحكيم في إطار أو إلى قانون البلد الذي صدر فيه الحكم عند عدم وجود هذا الاختيار وفقاً لقاعدة إسناد موحدة دولياً تكفل لهذا القانون وحده – دون غيره – الاختصاص بحكم الاتفاق التحكيمي في كل ما يتصل بالشروط الموضوعية اللازمة لوجوده وصحته وترتيبه لآثاره فيما خلا الأهلية" (الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧)، وبأنه "مؤدى نص المادتين الأولى والثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي انضمت إليها مصر بالقرار الجمهوري رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ الصادر في ١٩٥٩/٢/٢ وأصبحت تشريعاً نافذاً بها اعتباراً من ١٩٥٩/٦/٨ – اعتراف كل دولة متعاقدة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فيها والتي يحددها قانونها الداخلي، ما لم يثبت المحكوم ضده في دعوى تنفيذ حكم التحكيم توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر في المادة الخامسة فقرة أولى من الاتفاقية وهي (أ) نقص أهلية أطراف اتفاق التحكيم أو عدم صحة انعقاده. (ب) عدم الإعلان إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو استحالة تقديمه دفاعه لسبب آخر. (ج) مجاوزة الحكم في قضائه حدود اتفاق أو شرط التحكيم. (د) مخالفة تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءاته لاتفاق الطرفين أو لقانون البلد

الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق. (هـ) صيرورة الحكم غير ملزم للطرفين أو إلغائه أو وقفه أو تبين لقاضي التنفيذ – طبقاً للفقرة الثانية من المادة المشار إليها – أنه لا يجوز قانوناً الالتجاء إلى التحكيم لتسوية النزاع أو أن تنفيذ الحكم يخالف النظام العام" (الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧)، وبأنه "إذ كان الطاعنان تمسكا بعدم جواز تنفيذ حكم المحكمين موضوع التداعي بمقولة أن عقد الإيجار التمويلي الذي تضمن شرط التحكيم الذي صدر على أساسه هذا الحكم لم ينعقد قانوناً وبما مؤداه أن حكم المحكمين قد صدر دون وجود اتفاق على التحكيم وكان يبين من عقد الإيجار آنف الذكر والمقدم ترجمة رسمية له بالأوراق أنه تضمن في البند الواحد والعشرون منه النص على أن القانون الواجب التطبيق على هذا العقد هو القانون السويدي وعلى إحالة أي نزاع ينشأ عن تفسيره أو تنفيذه إلى التحكيم بالسويد وفقاً لأحكام قانون التحكيم السويدي، فإن المرجح في ذلك يكون إلى القانون السويدي باعتباره القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم العقد الأصلي الوارد اتفاق التحكيم ضمن بنوده وإليه وحده يكون القول الفصل فيما أثير حول وجود هذا العقد والاتفاق التحكيمي المتصل به من حيث وجود التراضي وكيفية تلاقي القبول بالإيجاب وتحديد القوة الملزمة للإيجاب والشروط اللازمة لاعتبار القبول متأخراً من عدمه إلى آخر ذلك من الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده ووجوده، دون القانون المدني المصري الذي يصدر عنه دفاع الطاعنين في هذا الشأن وإذ لم يقدم الطاعنان الدليل على القانون السويدي المشار إليه حتى تتبين المحكمة على هدى من قواعده مدى صحة هذا الادعاء وخلافاً للأصل الذي يفترض في حكم المحكمين الأجنبي صدور استناداً إلى اتفاق تحكيمي تتوافر له مقومات وجوده وصحته قانوناً وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه وهو في سبيله للتحقق من موجبات إصدار الأمر بتذييل حكم المحكمين موضوع التداعي بالصيغة التنفيذية قد خلص إلى الاعتداد بوجود الاتفاق على التحكيم معولاً في ذلك على شرط التحكيم المدرج بعقد الإيجار التمويلي فإنه يكون قد أصحاب صحيح القانون في نتيجته" (الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧)، وبأنه "النص في المادة ٣٠١ من قانون المرافعات – والتي اختتم بها المشرع الفصل الخاص بتنفيذ الأحكام والأوامر السندات الأجنبية تقضي بأنه إذا وجدت معاهدة بين مصر وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية فإنه يتعين إعمال أحكام هذه المعاهدات وكانت مصر قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ وصارت نافذة اعتباراً من ١٩٥٩/٦/٨ ومن ثم فإنها تكون قانوناً من قوانين الدولة واجبة التطبيق ولو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات لما كان ذلك وكانت الاتفاقية المشار إليها لم تتضمن

نصاً يقابل ما جرى به نص المادة ٢٩٨/أ من قانون المرافعات من أنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقيق من أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم الآمر فإنه لا على الحكم المطعون فيه عدم إعماله هذا النص" (الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧)، وبأنه "لما كان الثابت أن شـرط التحكيم قد تضـمن اتفاق الأطراف على إخضاع العقد للقانون السويدي وإحالة أي نزاع ينشأ عن تفسيره أو تنفيذه إلى التحكيم بالسويد وفقاً لقانون التحكيم السويدي، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على التحكيم بالخارج بانضمامه إلى الاتفاقية الخاصـة بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها المنعقد في نيويورك عام ١٩٥٨" (نقض ١٩٩٦/٣/٢٧ الطعن رقم ٢٦٦٠ س ٥٩ق)، وبأنه "المادة ١/٥-ب من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ – الواجبة التطبيق- اشـتراطه لرفض طلب تنفيذ حكم المحكمين الأجنبية من تقديم الدليل على عدم إعلان المحكوم ضده إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكمة أو بإجراءات التحكيم أو أنه اسـتحال عليه لسـبب آخر تقديم دفاعه، يعد من قواعد المرافعات، وكان مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدني المصـري خضـوع جميع المسـائل المتعلقة بالمرافعات لقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشـر فيه الإجراءات، وإذ ثبت من الترجمة الرسـمية لحكم المحكمين الصـادر بمدينة اسـتوكهولم ومرفقاته أنه قد تأكد لدى هيئة التحكيم أن الطاعنين أعلنا ببدء إجراءات التحكيم وبأسماء المحكمين رغم تكليفهما بالحضور طبقاً للقانون وكان الطاعنان لم يقدما الدليل – المقبول قانوناً على عدم صـحة هذه الإعلانات طبقاً لقانون الإجراءات السـويدي الواجب التطبيق وخلافاً للثابت بحكم المحكمين الصـادر بمدينة اسـتوكهولم ومرفقاته أنه قد تأكد لدى هيئة التحكيم أن الطاعنين أعلنا ببدء إجراءات التحكيم وبأسـماء المحكمين رغم تكليفهما بالحضـور طبقاً للقانون وكان الطاعنان لم يقدما الدليل – المقبول قانوناً على عدم صـحة هذه الإعلانات طبقاً لقانون الإجراءات السـويدي الواجب التطبيق وخلافاً للثابت بحكم المحكمين ومرفقاته فإن الحكم المطعون فيه وإذ خلص إلى صـحة هذه الإعلانات يكون قد انتهى إلى نتيجة صـحيحة" (نقض ١٩٩٦/٣/٢٧، الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧)

- إجراءات التحكيم بالخارج ، فقد قضـت محكمة النقض بأن "إذا كان الثابت في الدعوى أن شرط التحكيم الوارد بسند الشحن قد نص على إحالة كل من ينشأ من نزاع إلى ثلاثة محكمين بمدينة جوتنبزج، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام فإنه يرجع في تقرير صـحة شـرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون السـويدي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه بشـرط ألا يكون في قواعد ذلك القانون ما يخالف قواعد النظام العام في مصر" (نقض ١٩٨٦/١/١٣ طعن ٣٢٦

س ٥١ق)، وبأنه "لما كان الثابت أن شرط التحكيم المنصوص عليه في مشارطة الإيجار قد نص على أن يسوى النزاع في "لندن" طبقاً لقانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٥٠، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الإنجليزي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام" (الطعن رقم ١٢١٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٢/٧)، وبأنه "متى كان الثابت أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الاستئناف بدفاعه المبين في وجه النعي والذي يتضمن أن القانون الإنجليزي يحول دون عرض النزاع على هيئة التحكيم – في لندن – إذا وردت الإحالة في سند الشحن بصفة عامة على شرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار السفينة كما قدمت ترجمة لحكم صادر من مجلس اللوردات قالت أنه يتضمن هذا المبدأ، وكان هذا الدفاع جوهرياً قد يتغير به إن صح وجه الرأي في الدعوى حتى لا تحرم الطاعن من جهة تلجأ إليها للمطالبة بحقوقها، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع، ولم يعرض للمستند المقدم من الطاعنة تأييداً له وقضى بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم يكون معيباً بالقصور" (الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)، وبأنه "ولا يستند حكم المحكمين بالخارج إلى أعمال السلطة القومية الأجنبية ولكنه نتيجة عقد اتفاق على حسم النزاع بمحض رضائهما واختيارهما" (الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٢)، وبأنه "إذ كان ما أورده الحكم المطعون فيه – في معرض الرد على القول بأن الاحتجاج على الطاعن بشرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار السفينة يحول بينه وبين عرض النزاع على كل من القضاء المصري وهيئة التحكيم التي نصت عليها المشارطة بمقرها في لندن لأن هذا الشرط في حدود النزاع الحالي باطل في نظر القانون الإنجليزي – يفيد أن الطاعنة لم يقدم الدليل المقبول قانوناً على القانون الأجنبي باعتباره واقعة يجب أن يقيم الدليل عليها، كما يستفاد منه أنه إذا استحال عرض النزاع على التحكيم فإن شرطه يزول ويصبح كأن لم يكن، ويعود للطاعن حقه في الالتجاء إلى المحاكم لعرض النزاع عليها من جديد باعتبارها صاحبة الولاية العامة في فض المنازعات، وكانت إرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم، وقد أقر المشرع جواز الاتفاق عليه ولو تم في الخارج، دون أن يمس النظام العام في مصر فإن نعي الطاعن على الحكم المطعون فيه بإنكار العدالة، إذ قضى بعدم قبول الدعوى يكون غير صحيح" (الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٣/٥)

- تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية يعني عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى ، فقد قضت محكمة النقض بأن "لئن كانت قواعد القانون الدولي المتمثلة في العرف الدولي والواجبة

التطبيق باعتبارها مندمجة في القانون الداخلي لمصـر فيما لا إخلال فيه لنصـوصـه – وقد استقرت على أن الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما ينبني عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى، إلا أنه لما كانت الحصانة غير مطلقة وإنما تقتصر على الأعمال التي تباشـرها الدولة الأجنبية بمالها من سـيادة فلا يندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات مما ينحسـر عنه هذه الحصـانة" (الطعون ١٤١٥، ١٤٦٨، ١٤٩٥ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٤/٢٩)، وبأنه "لئن كانت الحصانة الدبلوماسية التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي مقررة أصلاً لصالح دولته لا لصالحه الشخصي فلا يملك – كأصـل – للتنازل عنها والخضـوع للقضـاء الوطني إلا بموافقة دولته إذا كانت قوانينها تبيح ذلك، إلا أنه إذا تنازل المبعوث الدبلوماسـي عن تلك الحصـانة صـراحة أو أمكن استخلاص ذلك ضمناً من الظروف دون لبس أو إبهام، فإنه يتعين الاعتداد بهذا التنازل بالنسبة للتصرف الذي تم بشأنه للتصرف الذي تم بشأنه وما قد يؤول إليه أمر المنازعة فيه، متى تم التنازل في تاريخ لاحق لتمتع المبعوث بالحصـانة، أي بعد اعتماده في الدولة الموفد إليها، باعتبار أن الأصـل ألا يصـدر هذا التنازل إلا موفقاً لقانون دولته أو في القليل بإذن منها فتكون إرادة المبعوث المعلنة في هذا الشـأن قد توافقت وإرادة دولته، إذ لا يتصـور أن يخالف تشـريعاتها فيما يمس سـيادتها وهو موفد منها ومثليها في دولة أخرى وإذ كان مؤدى ما تقدم انتفاء الحصانة عن المبعوث بصدد التصرف الذي تم بشأنه التنازل فإن لازم ذلك خضوعه للقضاء الوطني في الدولة الموفد لديها وجواز إعلانه ولو بغير الطريق الدبلوماسـي، باعتبار أن وجوب التزام طريق معين في الإعلان تابع من تمتعه بالحصـانة وقد تنازل عنها" (الطعنان رقما ٢٩٥، ٣١١ لسنة ٥١ق جلسة١٩٨٢/٣/٢٥).

- اختصاص القضاء المصري بدعوى ثبوت الوراثة لمن يولد لأب مصري، فقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه- برفض الدفع بعدم اختصاص دائرة الأحوال الشـخصـية للمصـريين. على أن المدعيين يتمتعان بالجنسـية المصـرية أخذ بالقاعدة التي قررها قانون الجنسية المصري من أن يولد لأب مصري، يكون مصرياً هو الآخر، دون نظر إلى مكان ولادته أو جنسـية الأم أو قيام الزوجية وقت الميلاد، ولأنه لم يثبت كما قرر الحكم أنهما اكتسبا الجنسية البريطانية، ولما كانت هذه الدعامة من الحكم ليست محل نعي من الطاعنة، فإنه يكون صـحيحاً إقامة الدعوى ابتداء، بثبوت وراثتهما من والدهما المصـري الجنسـية أمام دائرة الأحوال الشـخصـية للمصـريين" (نقض ١٩٧٤/١/٩ ، طعن ٢١ س ٢٩ق).

- كيفية تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية الأجنبية : يجوز الأمر بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام المصرية فيه، ويطلب التنفيذ بدعوى ترفع للمحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ بدائرتها، فإذا كان ذلك البلد يوجب رفع دعوى لتنفيذ الحكم المصري ويعطي محاكمه حق مراجعته فيما قضي به وجب إتباع ذلك أيضاً عند تنفيذ أحكام هذا البلد في مصر، وذلك وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، ويقتضي هذا رجوع المحكمة المصرية قبل أن تأمر بالتنفيذ إلى قانون البلد الذي صدر به الحكم للوقوف على ما إذا كان لها مراجعة هذا الحكم من عدمه – إن لم توجد معاهدة خاصة بذلك إذ تكون هي الواجبة الاتباع دون نصوص قانون المرافعات – وعلى القدر الذي يراجع به الحكم المصري تكون مراجعة الحكم الأجنبي، فقد تمتد إلى الأركان الجوهرية في الحكم ثم إلى الموضوع وما تم في شأنه من إجراءات، ويبحث ذلك وفقاً للقانون الذي طبقه الحكم. (أنظر نقض ١٩٦٩/٥/٦ س٢٠ ص٧١٧ و ١٩٦٩/١/٢٨ س٢٠ ص١٧١ و ١٩٦٤/٧/٢ س١٥ ص٩٠٩ و١٩٦٣/٦/٢٦ س١٤ ص٩١٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان النزاع الذي حسمه الحكم رقم ..... لسنة ..... الصادر من مجلس العائلة الحاكمة بدولة البحرين يتعلق بشئون مالية جميع أطرافها من العائلة الحاكمة بدولة البحرين (الشيخ ...... ولجنة تسوية الديون المنبثقة من مجلس العائلة الحاكمة) بما يعطي الاختصاص بنظره لمجلس العائلة الحاكمة إعمالاً لحكم المادة ٢١ من المرسوم الأميري رقم ١٢ لسنة ١٩٧٣ بنظام توارث العرش بدولة البحرين بما يتوافر به شرط اختصاص محاكم الدولة التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه في مصر طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي إعمالاً لحكم المادة ٢٤ من اتفاقية التعاون القضائي بين جمهورية مصر العربية ودولة البحرين والمادة ١/٢٩٨ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ١٨١٠ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١١)، وبأنه "إذ كانت المادة ٢٤ من اتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة بين جمهورية مصر العربية ودولة البحرين ووافقت عليها جمهورية مصر العربية بقرار بقانون ٢٦٠ لسنة ١٩٨٩ في ١٩٨٩/٦/١٤ ودولة البحرين برسوم أميري بقانون ١٠ لسنة ١٩٨٩ بعد أن بينت في الفقرة (أ) منها الأحكام القابلة للتنفيذ في كل من الدولتين عادت وبينت في الفقرة (ج) منها الأحكام والأوامر التي لا تسري عليها الاتفاقية حيث جرى نصها على أن "لا تسرى هذه المادة على (١) الإجراءات الوقتية والتحفظية.... (٢) ......" وبالتالي صارت هذه الأحكام والأوامر بهذه الإجراءات لا تخضع لهذه الاتفاقية من حيث الأمر بتنفيذ في كلا البلدين الموقعتين على الاتفاقية" (الطعن رقم ١٨١٠ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١١)، وبأنه "إذ كان الأمر بتوقيع الحجز الاحتياطي على نصيب المطعون ضده الثاني في شركة .... بجمهورية مصر العربية قد صدر إعمالاً لحكم المادة ١٧٦ من قانون

المرافعات المدنية والتجارية بدولة البحرين والواردة بالباب الرابع تحت عنوان الإجراءات التحفظية والوقتية والمنع من السفر، ومن ثم فإن الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه يخضع لحكم المادة ٢٤/ج من الاتفاقية (اتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة بين جمهورية مصر العربية ودولة البحرين) بما يمنع من صدور الحكم بالأمر بتنفيذه في جمهورية مصر العربية إعمالاً لأحكام هذه الاتفاقية وإذ خالف الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر وأمر بتنفيذ الحكم رقم ..... لسنة ...... الصادر من مجلس العائلة الحاكمة بدولة البحرين فيما تضمنه من توقيع الحجز الاحتياطي على نصيبه في شركة .... بجمهورية مصر العربية فإنه يكون قد نُفذ بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين الجمهورية وبين غيرها من الدول في هذا الشأن، وكان المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إن الاتفاقيات الدولية الجماعية تلزم الدول أطرافها في علاقاتها المتبادلة، وهي الدول التي صدقت عليها على النحو الذي يحدده تشريعها الداخلي وقامت بإيداع وثائق هذا التصديق بالطريقة التي توجبها كل إتفاقية وكانت مصر قد انضمت إلى اتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة بين دول الجامعة العربية والموقع عليها في ١٩٥٣/٦/٩ وصدر القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٤ بالموافقة عليها، وكان لدول الجامعة غير الموقعة على هذه الاتفاقية أن تنضم إليها بالإجراءات المنصوص عليها في المادة العاشرة منها فتسري أحكامها في شأن هذه الدولة بعد تنفيذها الإجراءات التي بينها المادة الحادية عشرة من الاتفاقية" (الطعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٤)، وبأنه "شرط إعلان الخصوم على الوجه الصحيح وهو مما يجب التحقق من توافره في الحكم الأجنبي قبل أن يصدر الأمر بتذييله بالصيغة التنفيذية، وذلك عملاً بما تقرره المادة ٢/٤٩٣ من قانون المرافعات واتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة بين دول الجامعة العربية بالمادة ٢ فقرة (ب) منها، وإذ كانت القاعدة الواردة بالمادة ٢٢ من القانون المدني تنص على أنه يسري على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تجرى مباشرتها فيه – وكان إعلان الخصوم بالدعوى مما يدخل في نطاق هذه الإجراءات – وقد أعلن الطاعنون إعلاناً صحيحاً وفق الإجراءات التي رسمها قانون البلد الذي صدر فيه الحكم والتي لا تتعارض مع اعتبارات النظام العام في مصر، فإن النعي ببطلان إعلان الدعوى المطلوب تذييل حكمها بالصيغة التنفيذية يكون على غير أساس" (الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢).

- مدى تعلق الإجراءات بالنظام العام، فقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدني أن يسري على قواعد المرافعات سواء ما تعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات التقاضي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، والأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقاً لقواعد المرافعات المقررة في قانونها، وأن هذه القواعد تعد من قواعد

القانون العام اللازمة لمباشرة هذه الوظيفة، شأنها في ذلك شأن القواعد اللازمة لمباشرة وظائف الدولة الأخرى وحتى وإن كانت الغاية منها هي حماية الحقوق الخاصة، وأنها بهذه المثابة تعد قواعد إقليمية تسري على كافة المنازعات سواء كانت وطنية في جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية، وأن هذا الأساس يتنافر مع أي أساس آخر يقوم على فكرة النظام العام لتبرير خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضي، ذلك أن تطبيق القانون الوطني بناء على فكرة النظام العام مجاله أن يكون الاختصاص معقوداً أصلاً لقانون أجنبي، واستبعد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لاختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون، أما حيث يكون القانون الوطني طبقاً لقاعدة الإسناد الواردة به هو صاحب الاختصاص العادي، والواجب التطبيق على قواعد المرافعات باعتباره قانون القاضي، فلا محل لإثارة النظام العام كأساس يقوم عليه تطبيقه. ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ من القانون المدني من أن هذا الحكم – تطبيق القانون الوطني – يقوم على اتصال تلك القواعد و هذه الإجراءات بالنظام العام، إذ أن من قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي ما لا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها، ولا يحول ذلك دون اعتبارها من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضي أسوة بتلك التي تتعلق بالنظام العام، وذلك إعمالاً للمادة ٢٢ المشار إليها التي تنص على سريان قانون القاضي على قواعد المرافعات جميعاً بغير تخصيص بتلك التي تتعلق بالنظام العام" (نقض ١٩٧١/٣/٢٣ س٢٢ ص٣٧١ ونقض ١٩٧٠/٥/١٩ س٢١ ص٨٤٣)

- دعاوى التنفيذ، فقد قضت محكمة النقض بأن "تقضي الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني بسريان قانون الدولة التي تم فيها العقد عند اختلاف الموطن ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه وتنص المادة ٢٢ من هذا القانون على أنه يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، وإذ كان الثابت من الأوراق أن وثائق التأمين قد أبرمت في مصر وأن المستأنف وهو المدين المحجوز عليه مصري الجنسية وأن الدعوى المقامة دعوى بطلان حجز ما للمدين لدى الغير موقع في مصر على أموال موجودة فيها فإن القانون المصري يكون هو الواجب التطبيق علاوة على أن المحاكم المصرية تكون هي المختصة وحدها بنظر دعوى البطلان والطلبات الموضوعية المرتبطة بها" (نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ س٢٦ ص٨٧٣).

﴿ المـــادة ٢٣﴾

"لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصـــوص المواد العربية الســـوري م٢٥، الليبي م٢٣، العراقي م٢٩، السوداني م٢١.

﴿ الشـــرح ﴾

- ســـريان أحكام القانون الخاص والمعاهدة الدولية النافذة في مصـــر على أحكام النصـــوص المتعلقة بتنازع القوانين : المراد بالقانون الخاص هو القانون المصري، فعندما يعرض نزاع على القاضـــي المصـــري، فإنه يرجع إلى قواعد الإســـناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق، ويتعين عليه الرجوع أولاً إلى قاعدة الإســـناد التي يحددها القانون الخاص إن وجد حتى لو كانت هذه القاعدة تتعارض مع قاعدة إســـناد أخرى تضـــمنها القانون المدني باعتباره قانوناً عاماً في مجال قواعد الإســـناد، فإذا أشـــارت قاعدة الإســـناد الواردة بالقانون الخاص بتطبيق قانون دولة معينة على النزاع المطروح، بينما أشـارت قاعدة الإسناد الواردة بالقانون المدني بتطبيق قانون دولة أخرى، فإن القاضي في هذه الحالة يطبق القانون الذي أ شارت إليه قاعدة الإســناد الواردة بالقانون الخاص. فإذا طبق القاضـــي أحكام القانون المدني التي كانت تختلف عن حكم القانون الخاص كان الحكم مشـوباً بالخطأ في تطبيق القانون مما يسـتوجب نقضـه. ويلجأ المشـــرع إلى القانون الخاص ليضـــمن ســـلامة قاعدة الإســـناد وحســـن تطبيق القانون الوطني وحينئذٍ تتعلق القاعدة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وإذا أصـــدر القضاء المصري حكما بالمخالفة لها كان باطلاً بشرط أن يطعن عليه، أما إن حاز قوة الأمر المقضي، تحصن من البطلان إذ تعلو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام. ويسري هذا الحكم إذا وجد نص على خلاف القانون المدني في معاهدة دولية نافذة في مصـر. فإذا اختلفت قواعد الإسـناد الواردة بالمعاهدة عن تلك الواردة بالقانون المدني، تعين على القاضـــي تطبيق القواعد الأخيرة وهذا الحكم يتمشـى مع القواعد العامة في تفسـير النصـوص وفي فقه القانون الدولي الخاص. (الدكتور محمد شتا أبو سعد – القانون المدني ص٩٠٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن "نص المادتين الأولى والثانية من الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبيين. مفاده. اعتراف كل دولة منضـمة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذ ها طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة بها ما لم يثبت المحكوم ضـــده توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على ســـبيل الحصـــر في المادة الخامســـة من الاتفاقية أو يتبين للســـلطة

المختصة أنه لا يجوز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام" (طعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٩/٣/١)، وبأنه "الاتفاقية التي تبرمها جمهورية مصر العربية مع دولة أخرى لتنظيم مسألة بعينها تتعلق برعايا أي منهما تصبح بصدور القرار الجمهوري الخاص بها تشريعاً نافذاً في مصر تطبق على المنازعات الخاضعة لها بوصفها قانوناً "داخلياً" ومن ثم فإنها لا تعد عملاً من أعمال السيادة التي يخرج عن ولاية المحاكم نظر النزاع بشأنها" (طعون أرقام ٣٦١٧، ٣٨٢٢، ٣٨٢٦، ٣٨٤٦، ٣٨٦٨ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٥)، وبأنه "لما كانت المادة ٣٠١ من قانون المرافعات والتي اختتم بها المشرع الفصل الخاص بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية تنص على أنه "إذا وجدت معاهدات بين مصر وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية فإنه يتعين إعمال أحكام هذه المعاهدات"، وكانت مصر قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن أحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ وصارت نافذة اعتباراً من ٨ يونية سنة ١٩٥٩.... ومن ثم فإنها تكون قانوناً من قوانين الدولة واجب التطبيق ولو تعارضت مع أحكام قانون التحكيم" (الطعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٩/٣/١)، وبأنه "لما كانت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لم تتضمن نصاً يقابل ما جرى به نص المادة ١/٤٣ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من أنه "في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية"، فإنه لا على الحكم المطعون فيه عدم إعمال هذا النص" (الطعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٩/٣/١)، وبأنه "يبين من الأعمال التحضيرية الخاصة بأحكام المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسل في ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٢٤ – أنه إذا هلكت البضاعة المشحونة أو لحقها تلف أو نقص وتعذر تحديد حصول هذا الهلاك – أهو قد حصل قبل الشحن أم بعد التفريغ أم أثناء الرحلة البحرية – فإن الضرر يفترض وقوعه في فترة النقل البحري بمعنى الكلمة – أي في الفترة التي تنقضي بين شحن البضاعة وتفريغها فقط، إلا إذا أثبت الناقل أن الهلاك قد حدث أثناء العمليات السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ، وإذن فإذا كان سند الشحن قد نص صراحة على أن الشحن قد تم وفقاً لقانون نقل البضائع بطريق البحر (معاهدة بروكسل سنة ١٩٢٤)، وكان الحكم المطعون فيه قد خلا مما يدل على أن الطاعنتين قد قامتا بإثبات أن فقد محتويات الصندوق موضوع الدعوى قد حصل قبل شحنه أو بعد تفريغه، فإن ما انتهى إليه الحكم من تحميلها مسئولية هذا الفقد تأسيساً على حصوله أثناء الرحلة البحرية لا يكون مخالفاً للقانون" (الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١)، وبأنه "بعد أن أوجبت

الفقرة الثالثة من المادة الثانية من معاهدة الشحن على الناقل أو الربان أو وكيل الناقل بعد استلام البضائع أو أخذها في عهدته أن يسلم إلى الشاحن بناء على طلبه سند شحن يتضمن مع بياناته المعتادة بيانات أوردتها في البنود (أ، ب، ج) من تلك الفقرة، نصت على ما يأتي ''ومع ذلك فليس الناقل أو الربان أو وكيل الناقل ملزماً بأن يثبت في سندات الشحن أو يدون فيها علامات أو عدد أو كمية أو وزن إذا توافر له سبب جدي يحمله على الشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلا أو عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق من ذلك''، ومؤدى ذلك أن مثل هذا التحفظ الذي يدونه الناقل في سند الشحن تدليلاً على جهله بمحتويات البضاعة المسلمة إليه أو بصحة البيانات المدونة عنها بسند الشحن لا يعتد به ولا يكون له اعتبار في رفع مسئوليته عن فقد البضاعة المسلمة إليه إلا إذا كانت لديه أسباب جدية للشك في صحة بيانات الشحن، أو لا يكون لديه الوسائل الكافية للتحقق من صحة هذه البيانات، ويقع عبء إثبات جدية أسباب هذا الشك أو عدم كفاية وسائل التحقق من صحة تلك البيانات على عاتقه، فإن عجز عن هذا الإثبات تعين عدم التعويل على هذا التحفظ، فإذا كان لا يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنتين قد قامتا بإثبات شيء مما سبق، وكانت الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من المعاهدة سالفة الذكر تنص على أنه ''يعتبر سند الشحن المحرر بهذه الكيفية (المبينة في الفقرة الثالثة في المادة الثالثة) قرينة على أن ناقل البضاعة تسلمها بالكيفية الموصوفة بها طبقاً للفقرة الثالثة (أ، ب، ج) من هذه المادة ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك''، فإن الطاعنتين لا تفيدان من شروط التحفظ المدون في سند الشحن" (الطعن رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠/٢/١١)، وبأنه"غير منتج النعي على الحكم الابتدائي إشارته في أسبابه إلى وزن الصندوق عند شحنه ونقص هذا الوزن عند تسلمه في الجمرك، في حين إنه لم يدون في سند الشحن وزن هذا الصندوق بالذات، إذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتمد على أسباب الحكم الابتدائي في هذا الخصوص، وإنما أقام قضاءه بفقد محتويات الصندوق على أسباب أخرى خلاف نقص وزنه كافيه لحلمه" (الطعن رقم ١٢٤ لسنه ٢٥ق جلسة١٩٦٠/٢/١١)، وبأنه" تحديد مسؤولية الناقل الوارد في الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة سندات الشحن الموقعة في سنة ١٩٢٤لا يسري في حالة الغش وإنما يسري فيما دون ذلك من حالات الخطأ جسيما كان أو غير جسيم، ويشترط في الغش الذي يحرم الناقل من الإفادة من هذا التحديد أن يكون منسوبا إليه شخصيا، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن ما حدث بالصندوق من تلف أو عبث كان بطريق الغش إلا أنه لم ينسب هذا الغش إلى الشركة الناقلة شخصياً وإنما نسبه إلى عمالها ولكنه قضى بالرغم من ذلك على الطاعنتين بالتعويض كاملاً من غير تقيد بالتحديد الوارد في تلك المادة، فإنه يكون مخالفاً للقانون بما يستوجب نقضه"، وبأنه "إذا كان الواقع في الدعوى أن سند الشحن لم يدون فيه قيمة البضاعة المشحونة فإنه طبقاً للفقرة الخامسة من المادة الرابعة من

معاهدة سـندات الشـحن الموقعة سـنة ١٩٢٤ يجب ألا يتعدى التعويض المسـتحق عن فقط تلك البضاعة مبلغ مائة جنيه استرليني تساوي بالجنيهات المصرية ٩٧ جنيها و ٥٠٠ مليم – ولا يعتد في هذا الصـدد بالقول بوجوب دفع مبلغ المائة جنيه اسـترليني بقيمتها الذهبية طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة التاسعة من المعاهدة لبطلان شرط الذهب في هذا الخصوص – على ما جرى به قضاء محكمة النقض" (الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١)، وبأنه "أحكام وفاق ١٧ مايو سنة ١٩٠٢ – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – ملزم لكل من جمهورية مصر العربية وجمهورية السـودان وليس لإحداهما أن تعدل عن الطريقة المرسـومة فيه والتحلل من أحكامه بعمل منفرد وذلك أخذاً بأحكام القانون الدولي العام في شأن المعاهدات، ولأنه وقد صدق على الوفاق من مجلس الوزراء ونشـر في الوقائع الرسـمية فإنه يكون قانوناً من قوانين الدولة" (نقض ١٩٦٩/٥/٦ س٢٠ ص٧١٧ ونقض ١٩٥٦/٣/٨ س٧ ص٢٧٤)، وبأنه "لما كانت معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسند الشحن والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليها وأصدرت مرسوماً بقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليها وأصدرت مرسوماً بقانون في ٣١ من يناير سنة ١٩٤٤ يقضي بالعمل بها من ٢٩ من مايو سـنة ١٩٤٤ تنص في مادتها العاشـرة على أن "تسـري أحكام هذه المعاهدة على كل سـند شـحن يعمل في إحدى الدول المتعاقدة" فإن مفاد هذا النص – وقد ورد في المعاهدة التي أصـبحت تشريعاً نافذ المفعول في مصر – أن أحكام هذه المعاهدة لا تسري على العلاقة القانونية المترتبة على النقل البحري بين الناقل والشاحن إلا إذا كان سند الشحن الصادر في دولة موقعة عليها أو منضـمة إليها. وإذ لا تعدو هذه المعاهدة أن تكون معاهدة دولية في الملاحة البحرية لتنظيم بعض علاقات القانون الخاص بين رعايا طائفة من الدول، فإن مؤدى ذلك أنه يشترط لتطبيقها أن تكون العلاقة بين الناقل والشـاحن ذات عنصـر أجنبي وأن ينتمي طرفاها بجنسـيتهما لإحدى الدول الموقعة عليها أو المنضمة إليها" (الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)، وبأنه "إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق في صدد النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود، فإنه لا يكون من شـأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق في أحكام قانون التجارة البحري السـابقة عليها بما يعد نسـخاً لها لأن التعارض وليس للقاضـي إلا أن يطبق التشـريع على ما هو عليه" (الطعن رقم ٣٠٣ لسـنة ٣١ق جلسـة ١٩٦٦/٥/١٠)، وبأنه "تنص معاهدة بروكسـل الخاصـة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن والتي وافقت عليها مصـر بالقانون رقم ١٨ لسـنة ١٩٤٠ وانضمت إليه وأصدرت مرسوماً بقانون في ٣١ يناير سنة ١٩٤٤ يقضي بالعمل بها من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤، في مادتها العاشرة على أن تسري أحكام هذه المعاهدة على كل سند شحن يعمل في إحدى الدول المتعاقدة ومفاد هذا النص – وقد ورد في المعاهدة التي أصبحت تشريعاً نافذ المفعول

في مصر – أن أحكام المعاهدة تسري على العاقة القانونية المترتبة على النقل البحري بين الناقل والشاحن إذا كان سند الشحن محرراً في دولة من الدول الموقعة عليها أو المنضمة إليها وكان الناقل والشاحن ينتميان لإحدى تلك الدول وأن يكون النقل بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين. ولما كان الثابت من الأوراق أن سند الشحن الذي استندت إليه الطاعنة (وزارة التموين المرسل إليها) قد حرر في إيطاليا لنقل الشحنة من ميناء إيطالي إلى ميناء مصري، وأن كلا من الشاحنة والشركة الناقلة تحمل الجنسية الإيطالية، وكانت إيطاليا من الدول التي انضمت إلى معاهدة بروكسل، فقد وجب تطبيق أحكام هذه المعاهدة على واقعة النزاع وإن كانت الدعوى قد رفعت قبل مضي المدة المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة الثالثة من تلك المعاهدة وهي سنة من تسليم البضاعة أو من التاريخ الذي ينبغي تسليمها فيه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد المنصوص عليها في المادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحري، يكون قد خالف الناقل وأخطأ في تطبيقه" (طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)، وبأنه "إذا كان يبين من الإطلاع على مذكرة الطاعنة الأولى – وزارة التموين – المقدمة أمام محكمة أول درجة، ومذكرتها المقدمة أمام محكمة الاستئناف أنها ردت على دفع المطعون عليها الأولى – الشركة الناقلة – بعدم قبول الدعوى لعدم مراعاة المواعيد المنصوص عليها في المادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحري المصري، بأن سند الشحن موضوع الدعوى يخضع لأحكام معاهدة بروكسل وتقضي المادة ٦/٣ منها بأن دعوى المسئولية عن الهلاك أو التلف تتقادم بمضي سنة من تسليم البضاعة أو التاريخ الذي كان يجب تسليمها منه، وكان الحكم المطعون فيه لم يبحث ما إذا كان سند الشحن يتضمن اتفاقاً بين طرفيه على تطبيق أحكام المعاهدة سالفة الذكر، ولا يعتبر ما أثارته الطاعنتان بهذا الخصوص سبباً وحيداً لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض، ذلك أنه إذا كان سند الشحن لا يخضع للمعاهدة الدولية المذكورة طبقاً للشروط التي أوردتها المادة العاشرة منها، فإن للطرفين أن يتفقا في السند على خضوعه لأحكامها، ولما كان سند الشحن مثار النزاع معروضاً على محكمة الموضوع فكان يتعين عليها والطاعنتان تتمسكان بتطبيق أحكام المعاهدة على واقعة الدعوى أن تبحث جواز انطباقها سواء لتوافر الشروط التي نصت عليها المادة العاشرة منها أو لوجود اتفاق بين الطرفين على تطبيق أحكامها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهري الذي قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى وقضى بعدم قبول الدعوى، وبعدم قبول الدعوى بالنسبة للمطعون عليها الأولى تطبيقاً للمادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحري المصري، فإنه يكون معيباً بالقصور" (طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠).

- شروط تكملة المعاهدة بقانون القاضي : إذا تم تنفيذ المعاهدة وتوافرت شروط تطبيقها فعلى القاضـــي تطبيق تلك المعاهدة أما إذا وجد القاضـــي بأن المعاهدة خلت من نص معين فهنا لا يقف مكتوف الأيدي فيجب رجوع القاضي إلى قانونه ليأخذ ما يتناسب مع تلك الواقعة شريطة ألا يصطدم حكمه بنص في المعاهدة.

وقد قضـــت محكمة النقض بأن "متى نفذت المعاهدة، وتوافرت شـــروط تطبيقها، تعين على القاضـــي تطبيق أحكامه على النزاع المطروح عليه، فإن خلت نصـــوصـــها من حكم معين، رجع القاضـــي في شـــأنه إلى قانونه مراعياً في ذلك ألا يصـــطدم حكمه بنص في المعاهدة مثال ذلك أن ظاهر نص الفقرة الثامنة من المادة الثالثة والفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة بروكسل لســـنة ١٩٢٤ أنها لم تتناول بيان طريقة تقدير التعويض الذي يلتزم به الناقل عن عجز البضـــائع المشـحونة وهلاكها واكتفت بوضـع حد أقصـى للتعويض عن هذا العجز أو التلف إذا لم يتضـمن سند الشحن بيان جنس البضاعة وقيمتها قبل شحنها، كما خلت باقي نصوص المعاهدة والقانون البحري من بيان طريقة تقدير هذا التعويض، ومن ثم يتعين الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني في شأن المسئولية العقدية بصفة عامة مع مراعاة الحد الأقصى المشار إليه" (نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ س٢٦ ص٨٩٠).

- ليس للقانون إلغاء معاهدة نفذت حتى ولو تعارضـــت معه : تنص المادة ١٥١ من الدســـتور المصـــري لســـنة ١٩٧١ على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشـــعب مشفوعة بما يناسب من البيان وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها بالأوضاع المقررة، على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة تجب موافقة مجلس الشعب عليها".
- ومفاد هذه المادة بأن المعاهدة الذي يبرمها رئيس الجمهورية يكون لها قوة القانون بمجرد إبرامها والتصـــديق عليها ونشـــرها وبالتالي لا يجوز إلغاء هذه المعاهدة باتفاق جميع الدول التي أبرمتها ومن ثم لا يجوز للقانون إلغاء معاهدة نفذت وفقاً لأحكام الدســتور، وقد قضـــت محكمة النقض بأن " وإن كان قد ورد في نص المادة ٥/٤ من معاهدة ســـندات الشـــحن التي أصبحت نافذة المفعول في مصر اعتباراً من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤ – تحديد لالتزام الناقل أو السفينة بتعويض مقداره مائة جنيه استرليني، كما نص في المادة التاسعة منها على أنه "يراد بالوحدات النقدية الواردة بها القيمة الذهبية Valeuror " إلا أنه ليس لما ورد بهذين البندين أثر ما على التشريع الخاص بشرط الذهب في مصر، وهو ما صدر به مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤، ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥، وقد نص في هذا الأخير على بطلان

شــرط الذهب "في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صــيغة دولية"، ولما كان هذا القانون معتبراً تشــريعاً خاصــاً متعلقاً بالنظم النقدية والعملة وهي من النظام العام، ومقرراً بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على حد سواء وهو أمر راعى الشارع فيه المصلحة العامة المصرية، فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى معاهدة بروكسل وإنفاذها فيها بمرسوم سنة ١٩٤٤ من شأنه التأثير في هذا التشريع الخاص بما يعد إلغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الإستثناءات الواردة في ذلك التشريع على سبيل الحصر، وقد بدت رغبة المشرع المصري جلية في الإبقاء على هذا التشريع الخاص بما تضمنه من أحكام خاصة ببطلان شرط الذهب وما ورد فيه من استثناءات، فلم يضمن التقنين المدني الجديد نصــوصــاً في هذا المعنى، بل إن لجنة المراجعة قد حذفت من المشــروع التمهيدي نص المادة ١٨٧ التي كانت تتناول بالتنظيم ما تضمنه هذا التشريع الخاص، وذلك اعتباراً بأن ذلك النص يقرر حكماً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص، هو ذلك المرســوم بقانون رقم ٤٥ لســنة ١٩٣٥، وفي ذلك تأييد لما ســبق بيانه من أن هذا التشــريع الخاص يحكم المعاملات الداخلية والخارجية، ويقضــي ببطلان شــرط الذهب في كليهما وسواء في ذلك أكان المشروط هو وجوب الوفاء بالذهب، أو كان المشروط الوفاء بما يعادل قيمة الذهب Valeuror ذلك أن اشــتراط الوفاء في هذه الحالة الأخيرة بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهباً ليس إلا تحايلاً على القانون الذي فرض للعملة الورقية سعراً إلزامياً، ولا جدوى من إبطال شــرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصــورة" (الطعن رقم ٩٥ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/١٢/١١)، وبأنه "ولئن كانت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لســنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصــريين للعقارات المبنية والأراضــي الفضــاء تنص على أنه مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٤٣ لسـنة ١٩٧٤ بنظام اسـتثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة يحظر على غير المصــريين سـواء كانوا أشـخاصــاً طبيعيين أم اعتباريين اكتسـاب ملكية العقارات المبنية والأراضـي الفضـاء تنص على أنه مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٤٣ لســنة ١٩٧٤ بنظام اســتثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة يحظر على غير المصــريين ســواء كانوا أشــخاصــاً طبيعيين أم اعتباريين اكتساب ملكية العقارات المبنية والأراضي الفضاء في جمهورية مصر العربية أياً كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون إلى أن هذا الحظر لا يمتد إلى حالات تملك الأجانب التي تنظمها المعاهدات الدولية الســارية في مصــر طبقاً للأوضــاع المقررة التي يكون لها قوة القانون وفقاً للمادة ١٥١ من الدسـتور وذلك باعتبار أن تلك المعاهدات والاتفاقيات تعتبر من قبيل القوانين الخاصة التي لا ينسخها القانون العام كشأن

المشروع الراهن، وكانت اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومتي مصر العربية والجمهورية اليونانية الموقع عليها بالقاهرة بتاريخ أول أبريل سنة ١٩٧٥ الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٧٦ لها قوة القانون الخاص التي لا ينسخها القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ – إلا أنه لما كان الثابت من مقدمة هذه الاتفاقية هو رغبة طرفيها مصر واليونان في توطيد التعاون الاقتصادي بينهما وتهيئة الظروف الملائمة للاستثمار في مجالات محددة. بينتها الاتفاقية ولم يرد في نصوص هذه الاتفاقية ثمة نص يبيح لليوناني تملك الأراضي الفضاء أو العقارات بجمهورية مصر العربية فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى إعمالاً لأحكام القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ الذي يمنع الطاعنة باعتبارها غير مصرية – يونانية – تملك العقارات بجمهورية مصر العربية لأي سبب من أسباب كسب الملكية ومنها الشفعة – عدا الميراث – فإنه يكون قد أعمل حكم القانون صحيحاً ويضحي هذا النعي في غير محله" (الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٣٠)، وبأنه "إذ كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق في صدد النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود – توحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن – فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق في أحكام قانون التجارة البحري السابقة عليها بما يعد نسخاً لها لأن التعارض الذي يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص في تشريع لاحق لا يكون في حكم المادة الثانية من القانون المدني إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معاً. أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون في محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص في التطبيق، ولا يمنع من ذلك ازدواج التشريع في قانون البلد الواحد لأن الشارع هو الذي يقدر الحكمة من هذا الازدواج وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه" (نقض ١٩٦٦/٥/١٠ س١٧ ص١٠٥٠)

- للقاضي الذي ينظر الدعوى سلطة تفسير هذه المعاهدة : يجوز لقاضي الموضوع تفسير المعاهدة شريطة ألا يخرج على نصوص المعاهدة وإذا كان هناك تفسير للمعاهدة صار من الدول التي أبرمت المعاهدة فلا يجوز للقاضي هنا الخروج عن هذا التفسير ويكون ملتزماً به.

وقد قضت محكمة النقض بأن "للقاضي الذي ينظر الدعوى سلطة تفسير المعاهدة. وهذا مستفاد من تفسير المحكمة ذاتها لبعض نصوص معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد القواعد المتعلقة بسندات الشحن" (راجع نقض: طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١ – طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/١ – طعن رقم ٢١٠ لسنة ٦ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦).

- لا يجوز الانسحاب من المعاهدة إلا بالإجراءات المنصوص عليها فيها، وقد قضت محكمة النقض بأن "نصت المادة الثانية عشر على أن "لكل دولة مرتبطة بهذه الاتفاقية أن تنسحب منها وذلك بإعلان ترسله إلى الأمين العام لجامعة الدول العربية، ويعتبر الانسحاب واقعاً بعهد مضى ستة أشهر من تاريخ إرسال الإعلان به – على أن تبقى أحكام هذه الاتفاقية سارية على الأحكام التي طلب تنفيذ ها قبل نهاية المدة المذكورة" بما مؤداه أن الالتزام بأحكام هذه الاتفاقية لا يتم التحلل منه إلا بالإجراءات المنصوص عليها فيها، ولا يرتبط باستمرار العضوية بجامعة الدول العربية، لما كان ذلك وكان البنك الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن دولة الإمارات العربية المتحدة استوفت إجراءات انضمامها إلى هذه الاتفاقية، وكان مفاد هذا الدفاع – إن صح – أن تكون أحكام الاتفاقية هي الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر على مجرد القول بأن مصر لم تكن تتمتع بعضوية جامعة الدول العربية عندما انضمت دولة الإمارات العربية المتحدة إلى هذه الاتفاقية وحجب بذلك نفسه عن بحث مدى توافر شروط سريان أحكامها على واقعة الدعوى، فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه" (الطعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٤).

﴿ المادة ٢٤﴾

"تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

﴿ التعليق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوري م٢٦، الليبي م٢٤، العراقي م٣٠، السوداني م٣٥.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن "ومن الواضح أن القاضي يرجع أولاً إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية تعين القانون الواجب تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه، فإن لم يجد القاضي عرفاً طبق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً بين الدول لما لها من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعي بسبب تخصصها في ناحية معينة من نواحي القانون.

﴿ الشرح ﴾

- الحالة التي يجوز فيها للقاضي اللجوء للقانون الدولي الخاص: القاضي يرجع أولاً إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية فهو يعتبر القانون الواجب تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه فإن لم يجد القاضي عرفاً يطبق مبادئ القانون الدولي

الخاص الأكثر شيوعاً. ويلجأ القاضي إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، لمعرفة قاعدة الإسناد التي تدله على القانون الواجب التطبيق في حالة خلو نصوص القانون المدني – أو أي قانون آخر – من بيان هذه القاعدة. فهذه المبادئ لم تزل هي المصدر الاحتياطي الوحيد لقواعد الإسناد، وهي السبيل لتكوين قاعدة عرفية دولية مستقبلاً.

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان التشريع المصري لم يتضمن قبل صدور القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ضوابط مفصلة لتنازع الاختصاص بين محاكم الدولة والمحاكم الأجنبية في شأن مسائل الأحوال الشخصية إلا أن ما تضمنه من قواعد عامة للاختصاص إذا كانت لا تفي بالحاجة، فقد كان للمحاكم أن تسد النقض فيما تعرض له من حالات بما تستهديه من قواعد الاختصاص الداخلي في قوانين المرافعات وما تستأنس به من قواعد في القوانين الأجنبية وفق القانون الدولي الخاص بما يوافق أسس التشريع المصري ولا يخالف المقرر فيه من القواعد الأساسية في الاختصاص" (نقض ١٩٥٦/١/١٢ س٧ ص٧٤).

- العرف الدولي ، فقد قضت محكمة النقض بأن "العرف مصدر أصيل من مصادر القانون الدولي، ولا يوجد نص تشريعي في مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبية في مصر بأعمال التوثيق، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضع وبين ما نصت عليه الفقرة (و) من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية والتي انضمت إليها جمهورية مصر العربية اعتباراً من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتي تقضي بأن الوظائف القنصلية تشمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارسة الأعمال المشابهة وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإداري ما لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها" (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)، وبأنه "وإن كان التشريع المصري لم يتضمن قبل صدور القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ضوابط مفصلة لتنازع الاختصاص بين محاكم الدولة والمحاكم الأجنبية في شأن مسائل الأحوال الشخصية إلا أن ما تضمنه من قواعد عامة للاختصاص إذا كانت لا تفي بالحاجة، فقد كان للمحاكم أن تسد النقض فيما تعرض له من حالات بما تستهديه من قواعد الاختصاص الداخلي في قوانين المرافعات وما تستأنس به من قواعد في القوانين الأجنبية وفق القانون الدولي الخاص بما يوافق أسس التشريع المصري ولا يخالف المقرر فيه من القواعد الأساسية في الاختصاص" (الطعن رقم ٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)، وبأنه "عدم مراعاة محاكم السودان أحكام وفاق سنة ١٩٠٢ في إعلان الدعوى المطلوب من محاكم مصر إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر فيها من شأنه ألا يجعل لهذا الحكم قوة ملزمة أمام المحاكم المصرية لأنه يكون مبنياً على إجراءات تخالف القانون الواجب التطبيق في السودان في هذه الحالة وهو وفاق سنة ١٩٠٢ ومن ثم يكون حكماً باطلاً ولا تسري عليه قاعدة التبادل

المسلم بها في فقه القانون الدولي الخاص" (الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥/٣/٨)، وبأنه "الامتيازات والحصانات القضائية المقررة بمقتضى الاتفاقية الدولية وطبقاً للعرف الدولي للمبعوثين الدبلوماسيين، إنما تقررت لهم بحكم أن لهم صفة التمثيل السياسي في البلد الأجنبي لا يخضع للولاية القضائية للدولة الموفدين إليها، وبالتالي فإنهم يتمتعون وأفراد أسرهم بالحصانة بمقتضى تلك الاتفاقيات الدولية وطبقاً للعرف الدولي. لما كان ذلك، وكانت هذه الامتيازات والحصانات قاصرة على المبعوثين الدبلوماسيين بالمعنى المتقدم ولا يستفيد منها غيرهم من أمناء وموظفي المنظمات الدولية إلا بمقتضى اتفاقيات وقوانين تقرر ذلك، وكانت الطاعنة لا تنازع في أنها زوجة سكرتير أول بجامعة الدول العربية التي هي مجرد منظمة إقليمية عربية مقرها القاهرة وليس لها صفة التمثيل السياسي لبلد أجنبي كما لا تجادل في صحة ما نقله الحكم المطعون فيه من إفادة وزارة الخارجية من أن الحكومة المصرية قد تحفظت على قبول ما جاء بالمادة الثانية والعشرين من اتفاقية مزايا وحصانات الجامعة العربية من تمتع الموظفين الرئيسيين بتلك المنظمة هم وزوجاتهم وأولادهم القصر بالمزايا والحصانات التي تمنح للمبعوثين الدبلوماسيين، مما مؤداه عدم التزامها بها. فإن مؤدى ذلك أن الذي يحكم مركز الطاعنة في الخصوصية مثار البحث وعلى ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه بحق هو نص المادة ٢٠ من ميثاق جامعة الدول العربية المبرم في ١٩٥٤/٥/١٠ دون غيرها والتي يجرى نصها على أن "يتمتع موظفو الأمانة العامة بجامعة الدول العربية بصرف النظر عن جنسياتهم بالحصانة القضائية عما يصدر منهم بصفتهم الرسمية" بما مؤداه عدم تمتع من دونهم من أزواجهم وأولادهم بتلك الحصانة وهي الاتفاقية التي انضمت إليها مصر في ١٩٥٤/٣/٨ بعد أن تحفظت على قبول ما تضمنته المادة ٢٢ منها من تمتع الموظفين الرئيسيين بجامعة الدول العربية وزوجاتهم وأولادهم القصر بالمزايا والحصانات التي تمنح للمبعوثين الدبلوماسيين على النحو السابق ذكره. الأمر الذي يضحى معه قيام رجال الجمارك بتفتيش حقائب الطاعنة في غير حضور مندوب من وزارة الخارجية بعد أن توافرت لديهم دواعي إجراء ذلك التفتيش على موجب اختصاصهم المقرر بالمواد من ٢٦ إلى ٣٠ من قانون الجمارك رقم ٦٦ سنة ١٩٦٣ إجراء لا شائبة فيه" (الطعن رقم ١١٠٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٦).

﴿ المادة ٢٥ ﴾

"يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد.

على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصـــوص المواد العربية الســوري م٢٧، الليبي م٢٥، العراقي م٣٣، السوداني م٣٢.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن "تقتصر المادة ٥٥ "من المشروع التمهيدي والتي أصبحت برقم ٢٥ في المشروع النهائي" على نقل أحكام المادة ٣٠ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة فتنص في فقرتها الأولى على أن القاضـــي يعين القانون الذي يجب تطبيقه في حالتي التنازع السلبي "عدم وجود جنسية للشخص" والتنازع الإيجابي للجنسية "تعدد جنسيات الشـــخص" دون أن تقيده في هذا التعيين بقيد وتنص في فقرتها الثانية على تغليب الجنســـية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد. وهذا مبدأ عام استقر في العرف الدولي باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدولة في شأنها لغير قانونها. ويراعى أن تخويل القاضي سلطة التقدير وفقاً لأحكام الفقرة الأولى خير من تقييده بضوابط تحد من اجتهاده والغالب أن يعتد القاضي في حالة التنازع السلبي للجنسية بقانون موطن الشـــخص "المادة ٢٩ من قانون إصـــدار القانون الألماني وهي تنص أيضـــاً على جواز تطبيق قانون آخر جنسية للشخص" أو محل إقامته "المادة ١٩ من القانون الإيطالي الجديد" وهو القانون المصــــري في أكثر الفروض، وأن يعتد في حالة التنازع الإيجابي متى كانت الجنســـية المصرية غير داخلة في النزاع بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها.

﴿ الشــــرح ﴾

- تعريف الجنسية : الجنسية هي فكرة قانونية وسياسية ينتمي الفرد بمقتضاها إلى دولة معينة." (هشام صادق – مرجع سابق ص١٩)
- أهمية الجنسية : للجنسية أهمية كبيرة سواء بالنسبة للفرد أو الدولة. فهي المعيار الذي تتحدد في ضـوئه التفرقة بين الوطني والأجنبي، وهي تفرقة تبدو أهميتها من ناحية بالنسـبة للآثار القانونية المتعددة التي يرتبها القانون الداخلي على اكتســاب الشـخص الصـفة الوطنية. ومن ناحية أخرى فإن للجنسية أهمية لا تخفى بالنظر للآثار التي تترتب عليها من الوجهة الدولية. فهي ترتب للدولة حقوقاً في مواجهة الدول الأخرى كما تفرض عليها التزامات إزاء هذه الدول" (الدكتور هشام صادق – ص١٩)

- القانون الواجب التطبيق حال تعدد الجنسيات : إذا افترضنا على سبيل المثال، أن نزاعاً قد ثار حول أهلية شخص معين، وقد اتضح لنا آنذاك، أن المتقدم يحمل أكثر من جنسية، فما هو القانون الواجب التطبيق على أهليته؟ يذهب الفقه عادة إلى التفرقة بين فرضين، حيث يضع لكل واحد منهما حكماً مختلفاً على النحو التالي: الفرض الأول، وفيه تكون جنسية دولة القاضي، هي إحدى الجنسيات التي يحملها الشخص المعني. وهنا لا مشكلة، حيث المستقر تشريعاً وفقهاً وقضاءً، التزام القاضي بالاعتداد بجنسية دولته. وقد رأينا منذ قليل أن المادة ٢٥ من القانون المدني المصري قد اعتنق الحق الماثل، حيث فضلت الجنسية المصرية على ما عداها من جنسيات، حال تزاحمها. وفضلاً عن ذلك، فإن المشرع الجزائري والكويتي والأردني قد اعتنق ذات الحل على النحو الذي رأيناه آنفا. وعلى هذا الأساس، لو اتضح للقاضي المصري، أن الشخص الذي ثار النزاع حول أهليته، يحمل جنسيتان أحدهما، هي الجنسية المصرية، هنا عليه أن يعتد بالجنسية المصرية، نزولاً على حكم المادة ٢٥ مدني مصري سالفة البيان، وبذلك يتعين عليه، أن يطبق القانون المصري على أهلية الشخص المتقدم. والفرض الثاني، وفيه يدق الأمر، حيث لا تكون أية جنسية متنازعة، هي جنسية دولة القاضي، أو بعبارة أخرى، فإن عدم وجود جنسية دولة القاضي – بين الجنسيات المتزاحمة، يثير التساؤل، حول كيفية المفاضلة بين هذه الأخيرة، وترجيح أفضلها، بحيث يتصدى لحكم المسألة محل النزاع (الأهلية). ولقد تعددت الاتجاهات في هذا المقام، ويمكن أن نعرض أهمها على التفصيل التالي: أ- فيذهب اتجاه أول، إلى وجوب التعويل على "الجنسية التي تكون أحكامها أكثر اتفاقاً مع أحكام الجنسية في دولة القاضي". ومن أشد المناصرين لهذا النظر الفقيه فايس. وإعمال النظر المتقدم، يقتضي منا القول، بأنه إذا كانت الأحكام المنظمة للجنسية في قانون دولة القاضي تعتنق حق الدم، كسبب موجب لكسب الجنسية الوطنية، فعلى هذا القاضي، أن يعول على قانون الدولة التي تعتد أيضاً بحق الدم، بحيث يهدر، قوانين الدول الأخرى، التي تعتنق حق الإقليم. وقد أجيب على ذلك، بأن دولة القاضي ليست طرفاً في هذا النزاع، وعلى هذا الأساس، فليس من الحكمة الاعتماد على قانونها، كأساس يتم بموجبه التفضيل بين الجنسيات المتراكمة على الشخص المعني. ب- ويذهب اتجاه ثانٍ، إلى أنه، يتعين علينا، أن نعطي لصاحب الشأن الحق في اختيار الجنسية التي تناسبه في هذا الصدد ويمتاز الرأي المتقدم، بأنه يستجيب إلى شعور الفرد المعني ورغبته في مادة الجنسية، حيث يستثيره بصدد تحديد الجنسية التي يفضلها في هذا المقام. ومع ذلك فإن الرأي المتقدم، قد لقي العديد من أوجه النقد، لعد أهمها، إن الاتجاه المتقدم، يتجاهل، أن رابطة الجنسية، إنما تقوم بين طرفين، الفرد من ناحية أولى والدولة من ناحية ثانية. وإذا كنا نعتد بإرادة الفرد على

النحو الذي رأيناه سـابقاً، فيجب علينا أيضـاً، أن نعتد بإرادة الدولة التي ينتمي الفرد السـابق إليها. هذا إلى أن الاعتداد بإرادة الفرد المعني من شـأنه أن يقوم الأخير بوظيفة القاضـي، في تعيين القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد، وهو ما لا يجوز إجماعاً، لأنه يؤدي ، إلى فتح باب الغش على مصراعيه أمامه. جـ ويذهب أنصار الاتجاه الثالث، إلى وجوب إعمال قانون الجنسية التي كسبها الشخص المعني في البداية. وأساس هذا النظر، أن للأخير "حق مكتسب في التعامل على أسـاسـها". وقد لقي النظر السـابق نقداً من البعض، على أسـاس أن من يهمه الأمر، قد لا يرى من مصلحته، أن يعامل الناس على أساس الجنسية المتقدمة. ولا نستطيع أن نعتد الجنسـية المتقدمة – رغماً عن إرادته – لأن ذلك يجافي فكرة الحق، المعَول بها في هذا الصـدد. هذا إلى أنه من المتصـور، أن يحصـل الشـخص المعني، على جنسـيتين في ذات اللحظة، وبهذه المثابة، لا تكون هناك جنسـية سـابقة وأخرى لاحقة، فكيف يتم إعمال المعيار محل الدراسـة، على الحالة المتقدم وما شـاكلها من أخرى نظيره؟ لاشـك أن المعيار المتقدم، سـوف يكون عاجزاً عن وضـع الحل للمسـألة المتقدمة. د- ويذهب اتجاه رابع، إلى وجوب الاعتماد على الجنسـية التي اكتسـبها الشـخص المعني أخيراً، بحسـبانها الأكثر تعبيراً عن مشاعره ورغباته وقد لقي المعيار الماثل، ذات النقد الذي وجه إلى المعيار السابق عليه. هـ - وعلى أثر الكم الكبير من الانتقادات التي تم توجيهها إلى الاتجاهات السابقة، فقد رأى القضاء هجرها، حيث اتجه إلى معيار آخر في هذا الصـدد، هو معيار الجنسـية الفعلية أو الفعالة. فما هو مضـمون، هذا الأخير؟ ذهبت محكمة العدل الدولية، في الحكم الصـادر عنها بجلسـة ١٩٥٥/٤/٦، إلى أن ضابط التفضيل عند تعدد الجنسيات هو الجنسية الفعلية أو الفعالة، أي "الجنسـية التي تتفق مع الواقع وتقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسـياتها" ويمكن الوقوف على هذه الجنسـية عن طريق البحث على موطن الفرد المعني والدولة التي توجد فيها مصـالحه وروابطه العائلية، كذا تلك التي يشـارك في الحياة العامة فيها، وفي النهاية يمكن التعويل في هذا الصدد أيضاً – بالإضافة إلى كل ما تقدم ذكره – على رغبة الفرد المعني في الانتماء إلى دولة معنية. ويبدو لدى البعض، أن المادة ٢٥ من القانون المدني المصري، قد أقرت النظر الوارد في الحكم سالف البيان، حينما نصت على أنه "يعين القاضـي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشـخاص... أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"، وذلك استناداً لما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الصدد، وعجزها كالتالي "يعتد في حالة التنازع الإيجابي متى كانت الجنسية المصرية غير داخلة في النزاع بالجنسـية التي يظهر من الظروف أن الشـخص يتعلق بها أكثر من سـواها" (تراجع

مجموعة الأعمال التحضـيرية للقانون المدني المصـري، ج١، ص٣١٠ – ٣١١، وأنظر في هذا التقنين الدكتور هشام خالد – مرجع سابق)

- القانون الواجب التطبيق حال انعدام الجنسـية أو جهالتها : إذا كان الشـخص المعني عديم الجنسية أو مجهولها، فما هو القانون الواجب التطبيق عليه في هذا الصدد، تنوعت الاتجاهات المقول بها في هذا المقام، وسـوف نعرض الآن لأهمها : أ- فيذهب اتجاه أول، إلى وجوب التعويل على آخر جنسـية كان يحملها الشـخص المعني. وقد لقي المعيار السـابق نقداً، على أساس أنه يقيم اعتباراً لجنسية زالت من الوجود الفعلي. هذا إلى أن الاتجاه المتقدم لا يستطيع أن يعطي لنا حلاً، إذا كان الشـخص المعني عديم الجنسـية، منذ اللحظة التي أتى فيها إلى الحياة، حيث لا توجد أية جنسية قد اكتسبها في هذا الصدد. ب- ويذهب اتجاه ثانٍ، إلى وجوب إعمال قانون القاضـي في هذا الصـدد. وقد تمسك البعض في فرنسا بهذا الاتجاه، وقد يؤدي إعماله إلى تحقيق العدالة في الفرض الذي يكون فيه الشـخص المعني متوطناً في دولة القاضـي. وعلى العكس من ذلك، فعدم توطن المتقدم في دولة القاضـي، قد يؤدي إلى حلول غير عادلة، حال تطبيق القانون المتقدم عليه، بحسـبان أن الأخير غير ملائم لحكم المسـألة المعنية والمتنازع حولها (الدكتور هشام صالح- منصور – مرجع سابق). جـ- وإزاء ذلك يذهب الفقه الراجح، إلى الاعتداد بقانون الدولة التي يرتبط بها عديم أو مجهول الجنسـية، ارتباطاً قوياً. "فلو تبين أن الشـخص الذي أثير النزاع حول أهليته معدوم الجنسـية، تعين تطبيق قانون الدولة التي يرتبط بها هذا الشـخص بالفعل أكثر من غيرها". ويرى البعض أن ارتباط الشخص المعني بدولة معنية، إنما يتحدد عادة على أساس ضابط الموطن. وقد ذهب القضاء الفرنسي، إلى تأكيد سلامة المعيار محل الدراسة، أما إذا لم يكن الشخص المعني في أية دولة، هنا، يتعين على القاضـي المعني، تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامة الأخير على وجه الاعتياد. ويبقى الفرض الذي لا يكون فيه للشـخص المعني محل إقامة في أية دولة، فما هو القانون الواجب التطبيق عليه في هذا المقام؟ لا شـك أن المادة ٢٥ من القانون المدني المصـري، تعطي للقاضـي في هذا الفرض سـلطة تعيين القانون الواجب التطبيق في هذا الصـدد. وله في ذلك أن يستعين بالمعايير التي وضعها الفقه الدولي في هذا الصـدد، على النحو الذي أسلفنا بيانه، توصـلا لأنسب القوانين لحكم العلاقة المعنية في هذا المقام، وقد قام القضـاء المصـري – بإعمال قانون موطن الشـخص المعني، نظراً لانعدام جنسيته أو جهالتها. (راجع الحكم الصـادر من محكمة استئناف الإسكندرية، دائرة الأحوال الشخصية للأجانب، جلسة ٥٧/١٢/٢٦).

وقد قضـــت محكمة النقض بأن "إذ كانت المادة ٢٥ من القانون المدني تنص على أن يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية..." وكان الحكم المطعون فيه قد خلص – إعمالاً لحكم هذا النص – إلى أن القانون المصـري هو الواجب التطبيق على الدعوى بالنظر إلى أن النزاع فيها يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين طرفين لا تعرف لهما جنسية، وكان مقتضى هذا وقوع العلاقة محل النزاع تحت سلطة القانون الداخلي في مصـر"، وبأنه "الجنسـية هي من المعاني المفردة البسـيطة التي لا تحتمل التخليط ولا التراكب. والقانون الدولي ما كان يعرف شيئاً اسمه جنسية عثمانية مصرية، ولا عثمانية عراقية أو حجازية أو سورية، ولا يعرف الآن شيئاً اسمه جنسية فرنسية تونسية أو فرنسية جزائرية ولا اسمه جنسية إنجليزية اسـكتلندية. ذلك بأن الجنسـية فرع عن السـيادة (souveraineé) ولازم من لوازمها وللسيادة وحدانية يهدمها الإشـراك والتخليط" (١٩٣٥/٥/١٦ – م ق م – ١ – ٥٠٠، مشـار إليه في مرجع محمد كمال عبد العزيز – مرجع سابق).

《 المـــادة ٢٦ 》

"متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشـرائع ، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شـريعة من هذه يجب تطبيقها ".

《 التعليـــق 》

هذا النص يقابل من نصـــوص المواد العربية السـوري م٣٤، العراقي م٣/٣١، الســوري م٢٨، الليبي م٢٦.

وقد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدي بأنه" **تواجه المادة ٥٦ حالة تعدد الشـرائع التي يتكون منها القانون الواجب تطبيقه في دولة معينة (لتعدد القوانين التي تطبق على المصريين في شأن الزواج بسبب تطبيق نظام الطوائف غير الإسلامية) وتقضي في هذه الحالة بأن القانون الداخلي لهذه الدولة هو الذي يعين الشريعة التي يجب تطبيقها من بين هذه الشـرائع وقد اسـتمد المشـروع الحكم الوارد في هذه المبادئ من التشـريع البولوني الصادر في سنة ١٩٢٦ (م٣٧) ومما استقر عليه الرأي في الفقه والقضاء بوجه عام"** .

《 الشــــرح 》

- القانون الذي يطبق على الدول ذات النظم المركبة: إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الجنسـية بالنسـبة لنزاع معين، وكان هذا القانون غير موحد أي تتعدد فيه التشـريعات **وهو ما**

يطلق عليه الدول ذات النظم المركبة، وذلك ســـواء أكان هذا التعدد إقليمياً بأن تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية و سويسرا أم كان شخصياً بأن تختص كل شريعة بطائفة من المتمتعين بجنسية الدولة كما هو الشأن في مصر ومعظم دول الشـرق الأوسـط – ففي هذه الحالة يكون أمر تحديد الشـريعة الواجبة التطبيق متروكاً لقانون هذه الدولة، وبعبارة أخرى متروكاً لقواعد الإســـناد الداخلي في هذه الدولة ومن ثم فلا محل لإخضاعه لقانون القاضي. (جابر جاد عبد الرحمن ص٢٦٥ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان النزاع المطروح دائراً بين زوج إيطالي وزوجة مصرية فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدني ويكون القانون المصـــري هو الواجب التطبيق، فإذا كان الزوج يهودي الديانة وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصري الواجب التطبيق هو القانون الذي كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام في مسائل الأحوال الشخصية. وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشـرعية التي نصـت على أنه "تصـدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ماعدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصـدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد"، وكلما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت في فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضـي بأن لا تسـمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المســلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، وكان الثابت في الدعوى أن الزوجة مســيحية كاثوليكية لا تدين بوقوع الطلاق فإن دعوى طلاق زوجها إياها تكون غير مســموعة ولا يترتب على الطلاق آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضـــى على خلاف ذلك وذهب إلى أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشـــرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يسـتوجب نقضــه" (طعن رقم ١٧ لســنة ٢٨ق "أحوال شــخصــية" جلســة ١٩٦٠/١١/١٧)

إذا لم توجد قاعدة إســناد في القانون غير الموحد تفيد تطبيق هذا القانون الداخلي أو ذاك بحيث يكون لكل من القوانين الداخلية قواعده الخاصة بالإسناد الداخلي فإنه يتعين التفرقة بين حالتين: (الأولى) أن تتطابق قواعد الإسناد الداخلية في هذه القوانين، كما هي الحال في المملكة المتحدة والولايات المتحدة، حيث تنص قواعد تنازع القوانين في قوانينها على الأخذ بقانون الموطن، فإن المشكلة تعد محلولة، فالقاضي الأجنبي (في

جمهورية مصر) الذي أشارت قاعدة الإسناد في قانونه تطبيق القانون الإنجليزي أو الأمريكي سيطبق في النهاية القانون السائد في الدويلة أو المقاطعة أو الإقليم المتوطن فيه الشخص ويحل النزاع نهائياً وفقاً للقواعد الموضوعية في هذا القانون الأخير. لكن الصعوبة تقوم إذا اختلفت قواعد الإسناد الداخلية المذكورة، بحيث لا تستطيع ترجيح قاعدة على أخرى. أو إذا تبين أن الشخص، في حالة تطابق هذه القواعد متوطن في الخارج، إذ لا نستطيع الأخذ بالقانون السائد في هذا الموطن وإلا نكون قد أخذنا بفكرة الإحالة، ذلك لأنه إذا كانت هذه الإحالة جائزة في بعض التشريعات فإنها ممنوعة في تشريعات أخرى كالتشريع المصري في المادة ٢٧ من القانون المدني والتشريع السوري في المادة ٢٩ من القانون المدني والقانون الإيطالي في المادة ٢٠ من القانون المدني الإيطالي الجديد. وقد أخذ القضاء المصري برأي في الفقه، يطبق الشريعة الرئيسية في البلد أي قانون عاصمة الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته. (هشام صادق – مرجع سابق– منصور – مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن "يبين من نصوص المواد ١٣، ٢٦، ٢٧ من القانون المدني أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمي وقت رفع الدعوى بالتطليق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد منها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التي تطبق أحكامها هي إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصري الذي يمتنع تطبيقه في هذه الحالة. فإذا كان الثابت أن الزوج مالطي الأصل بريطاني الجنسية ولم يكن له موطن في مالطة أو في غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصري فإن القانون الواجب التطبيق في طلب التطليق يكون هو القانون الإنجليزي باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته" (الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/١/١)، وبأنه "تشمل الجنسية البريطانية وفقاً لقانون الجنسية البريطاني الصادر في ١٩٤٨ جميع رعايا المملكة المتحدة والمستعمرات ومنها مالطة" (الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/١/١)

- **أما إذا لم توجد قاعدة إسناد داخلية في القانون الأجنبي، أو كانت هذه القاعدة تشير بتطبيق قانون دولة أخرى، ففي الحالة الأخيرة تكون بصدد إحالة لا يقرها القانون المصري وفقاً لنص المادة ٢٧ من التقنين المدني ، وقد قضت محكمة النقض بأن** "إذ كانت

المادة ٢٥ من القانون المدني تنص على أن "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية..." وكان الحكم المطعون فيه قد خلص – إعمالاً لحكم هذا النص– إلى أن القانون المصـري هو الواجب التطبيق على الدعوى بالنظر إلى أن النزاع فيما يتعلق بمسـألة من مسـائل الأحوال الشـخصـية بين طرفين لا تعرف لهما جنسـية، وكان مقتضـى هذا وقوع العلاقة محل النزاع تحت سلطان القانون الداخلي في مصر، وبالتالي تأخذ هذه العلاقة حكم العلاقة بين المصريين من حيث تحديد الشـريعة التي تحكم النزاع. وإذ التزم الحكم المطعون فيه تحديد تلك الشـريعة بالضـابط الذي وضـعه المشرع في المواد ٦، ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية و٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشـرعية، ومؤداه تطبيق الشـريعة الإسـلامية على المسـلمين وإلى غير المسـلمين المختلفي الطائفة والملة وتطبيق الشريعة الطائفية على غير المسلمين متحدي الطائفة والملة، وخلص إلى إنزال أحكام شريعة طائفة الأرمن الأرثوذكس – التي ينتمي إليها الطرفان – على واقعة النزاع فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً" (طعن رقم ١٣ لسنة ٥٢ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٥/١١/٢٦)

﴿ المـــادة ٢٧ ﴾

"إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصـــوص المواد العربية السـوداني م٣٣، الليبي م٢٧، السـوري م٢٩، العراقي م١/٣١.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضـاحية أنه"إن المادة ٢٤ من المشـروع "أصـبحت برقم ٢٧ في القانون" لا تجيز الأخذ بفكرة الإحالة وتعمم الحكم الوارد في المادة ٣١ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة فلا تقصره على الأحوال "الشخصية" التي نصت عليها هذه اللائحة بل تجعله شاملاً لقواعد الإسناد جميعاً. ولم ينهج المشـروع نهج بعض التشـريعات في إجازة الإحالة إذا كان من شـأنها أن تفضـي إلى تطبيق القانون الوطني "مثل المادة ٢٧ من قانون إصـــدار القانون المدني الألماني والمادة ٢٩ من القانون الملحق

بالقانون الياباني" أو في إجازة الإحالة إطلاقاً "مثل المادة ٣٦ من القانون البولوني الصادر في سنة ١٩٢٦" ذلك أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أياً كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة".

﴿ الشـــرح ﴾

- تعريف الإحالة : يقصد بالإحالة، أن القاضي عندما يلجأ إلى القانون الأجنبي الذي أرشدته إليه قاعدة الإسناد الواردة في قانونه، فإنه لا يطبق مباشرة الأحكام الموضوعية المنصوص عليها في القانون الأجنبي، وإنما يلجأ أولاً إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها في هذا القانون، وتلك هي التي تحدد له القانون الواجب التطبيق، فإن أحالت إلى قانون آخر، تعين على القاضي الانتقال إلى قواعد الإسناد الواردة بالقانون الأخير لمعرفة القانون الذي تشير عليه بتطبيقه، فتكون الإحالة هنا من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، أي إحالة دولية، ومتى ذكر لفظ "الإحالة" فإنه يعني الإحالة الدولية. ولا تتحقق الإحالة إلا إذا اختلفت قاعدة الإسناد في قانون القاضي عنها في القانون الأجنبي كأن تشير الأولى قانون الجنسية بينما تشير الثانية لقانون الموطن. (أنور طلبة – مرجع سابق – هشام صادق- مرجع سابق)
- موقف المشرع المصري من الإحالة : كانت المادة ٣١ من لائحة التنظيم القضائي المختلطة ترفض الإحالة، وقد صرحت الدول المتعاقدة في معاهدة مونترو عام ١٩٣٧ على الأخذ بذات النظر السابق. وقد جاء موقف القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨ موافقاً لما تقدم، حيث ذهبت المادة ٢٧ منه أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص". وقد ذهب البعض إلى استحسان موقف المشرع المصري في هذا الصدد، قولا منه، بأن الأخذ بالإحالة من شأنه إيقاعنا في حلقة مفرغة، وما يترتب على ذلك من صعوبات عملية لا يمكن تلافيها بسهولة. هذا إلى أن الإحالة في نظر الفقه السابق، لا تستند إلى أساس نظري سليم. ورغم ذلك، فقد ذهب جانب من الفقه المصري، إلى انتقاد المشرع المصري في مسلكه سالف البيان، "حيث يؤدي الأخذ الإحالة إلى استكمال سيادة القانون المصري وتمشياً مع الفقه الحديث الذي يتجه إلى الحد من امتداد القانون الأجنبي والنظر إلى السيادة الإقليمية باعتبارها الأصل العام في سريان القانون". ويعاب على هذا النظر، أن الأصل العام في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، هو إعمال قاعدة الإسناد الوطنية المختصة وتطبيق القانون الذي تشير الأخيرة باختصاصه. وعلى هذا الأساس، فلا فائدة هنا، من القول، بأن الأصل العام هو سريان القانون المصري،

لأن هذه المقولة، تتعلق بالعلاقات الوطنية البحتة، ولا تنصـــرف بحال إلى العلاقات ذات العنصر الأجنبي" (الدكتور هشام خالد – مرجع سابق- تنازع القوانين)

﴿ المـــــادة ٢٨﴾

" لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر ".

﴿ التعليــــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوري م٣٠، الليبي م٢٨، العراقي م٣٢، السوداني م٣٦.

وقد جاء عنها بالمذكرة التمهيدية أنه"وينبغي التنويه بأن إعمال فكرة النظام العام والآداب لترتيب الأثر الذي تقدمت الإشارة إليه فيما يتعلق باستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية يختلف عن إعمال هذه الفكرة في نطاق روابط الالتزامات التي لا يدخل في تكوينها عنصر أجنبي."

﴿ الشـــــرح ﴾

- النظام العام واســـتبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق : وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني المصري، يعتبر النظام العام، الإدارة التي يتم بموجبها استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصـــاص، بحكم منازعة ذات عنصـــر أجنبي. وقد لاحظ البعض وبحق، أن فكرة النظام العام هي "فكرة مرنة ومتطورة، يكتنفها الغموض، وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق. فهي فكرة ذات مفهوم متغير، باختلاف المكان والزمان. فما قد يعتبر متعارضـــاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى. وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة، قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر. ولهذا... يؤكد الفقه أن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه، هي بوقت نظر الدعوى، وليس بالوقت الذي نشـــأ فيه المركز القانوني محل النزاع". وبهذه المثابة، "إذا تغير مفهوم النظام العام بعد أن فصلت محكمة الموضـوع في النزع فيجوز للخصـم مع ذلك أن يطعن في الحكم أمام محكمة النقض لمخالفته للنظام العام وفقاً لمفهومه الجديد". وتجدر الإشـــارة إلى أن مســـألة مدى تعلق الأمر بالنظام العام في هذا المقام من عدمه، إنما هو مســـألة قانونية، تخضـــع لرقابة محكمة النقض المصـــرية، أو بعبارة أخرى، أن الدفع بالنظام العام "هو اســـتثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد وهو – بهذه المثابة مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا". هذا إلى أن "رقابة محكمة النقض في هذا الخصـــوص، أمر لازم بغية توحيد الحلول القضـــائية في شـــأن المســـألة المعنية. ومناط اســـتبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصـــاص، هو تعارض

الأخير مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في دولة القاضي. ومن هذا المنطلق، ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أن سماح القانون الأجنبي برفع دعوى الأبوة في ميعاد أطول من الميعاد الذي يحدده القانون الفرنسي، هو أمر يتعارض مع اعتبارات النظام العام في فرنسا". ومهما كان الأمر، فإن العديد من الفقهاء، إنما يذهب إلى تحديد "الهدف الذي تسعى فكرة النظام العام إلى تحقيقه، وهو حماية المصالح العليا في المجتمع". دون وضع تعريف محددة للفكرة المتقدمة. ذلك أن فكرة النظام العام هي في حقيقتها فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة، ولا تتأتى محاولة ضبطها إلا من خلال تحديد هذه الغاية".

- مفهوم النظام العام في المجال الدولي : تستخدم فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي، كأداة فنية، يتم بموجبها ضمان، عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة"، بينما يتم اللجوء إلى هذه الفكرة في إطار القانون الدولي الخاص، كوسيلة فنية، يتم بمقتضاها استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص التشريعي، بموجب قاعدة إسناد مصرية معينة. ولا شك أن، نطاق إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص أضيق منه، في نطاق القانون الداخلي. فإذا كانت أحكام القانون الأجنبي المختص تخالف قاعدة آمرة أو أكثر في القانون الداخلي، فإن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد هذه القاعدة الأجنبية، باسم النظام العام في مصر. "فالقاعدة التي تقضي بتحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية تعتبر من النظام العام في مصر... ومع ذلك فإن تطبيق القانون الأجنبي الذي يحدد سن الرشد بأكثر من هذا السن أو أقل قد لا يصطدم بالنظام العام في كل من .... ومصر وبالمثل، فقد جرى القضاء في فرنسا على صحة اشتراط الدفع بالذهب في العقود الدولية رغم تعارض هذا الشرط مع مفهوم النظام العام في القانون الداخلي. من ذلك، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية، بجلستها المنعقدة يوم ٥٠/٧/٣١ (راجع المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٥٠، ص٦٠٩) وقد استجابت محكمة النقض المصرية للنظر السابق، وذلك في الحكم الصادر عنها بجلسة ٦٧/٤/٥، حيث "قبلت الطعن الذي نص على حكم الموضوع تجاهله للقانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد، وتطبيقه للقانون المصري، بدعوى أن أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع النصوص المصرية الآمرة في شأن المسألة المعروضة. وقد ثبت من حيثيات الحكم المتقدم، ما يلي" وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني، لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق، إلا أن تكون هذه الأحكام، مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر، بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق، مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام

القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما، وكون القانون الوطني أكثر فائدة" (مجموعة المكتب الفني، س١٨، مارس، أبريل، ١٩٦٧، ص٧٩٨ وما بعدها). وقد بارك البعض النظر السابق، بحسبان أن القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد المصرية المختصة هو "أكثر القوانين ملائمة في نظر الشارع لحكم العلاقة الخاصة الدولية محل النزاع. فإذا اشترطنا لتطبيق هذا القانون ألا يتعارض مضمونه مع أحكام القانون الوطني الآمرة، لانتهينا بذلك، إلى تعطيل إعمال قواعد التنازع في غالبية الأحوال، وهو ما لا يعقل أن يكون الشارع قد هدف إليه، فالسماح "بتطبيق القوانين الأجنبية في مادة التنازع يستتبع حتماً أن تنكمش مقتضيات النظام العام في دائرة الحالات القانونية الأجنبية، عنها في نطاق الحالات القانونية الوطنية" ومن هذا المنطلق، فمن الواجب علينا التفرقة في هذا الصدد، بين النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي، حيث يكون لكل واحد منهما مضمون مختلف عن الآخر، مع تأكيد الصفة الوطنية للفكرتين المتقدمتين. فمضمون فكرة النظام العام أمام القاضي الوطني، حينما يتصدى لحسم منازعة وطنية، يختلف عنها، حال تصدى القاضي السابق لنظر منازعة ذات عنصر أجنبي. ففي الحالة الأولى تتسع فكرة النظام العام، وفي الحالة الأخيرة، تضيق الفكرة المتقدمة، بحسبانها خروجاً عن الأصل العام المقرر في هذا الصدد، ألا وهو وجوب تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد المصرية المختصة بتطبيقه في هذا الصدد.

- الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام: يترتب على إعمال فكرة النظام العام أثراً سلبياً، هو استبعاد القانون الأجنبي المختص كلياً أو جزئياً. فإذا انعقد الاختصاص للقانون الإيطالي بحكم علاقة ذات عنصر أجنبي معروضة أمام القاضي المصري، وثبت للأخير، أن القانون الإيطالي برمته مخالف للنظام العام في مصر، هنا يحق للأخير استبعاد القانون المتقدم استبعاداً كلياً. أما، إذا ثبت للقاضي أن بعض أحكام القانون الإيطالي هي التي تخالف النظام العام في مصر، أما باقي أحكامه فليست مخالفة للنظام العام، هنا يحق للقاضي المعني، استبعاد الأحكام القانونية الإيطالية المخالفة للنظام العام، مع إعمال تلك التي لا تخالف النظام العام في مصر. وفي ضوء ذلك، نرفض –مع الفقه الراجح- الاتجاه القائل بوجوب استبعاد القانون الأجنبي، حل تعارضه مع النظام العام، استبعاداً كلياً، في كل حال. ومن هذا المنطلق ذهبت محكمة استئناف الإسكندرية، في الحكم الصادر عنها بجلسة ١٩٦٣/٣/١٧ – دائرة الأحوال الشخصية أجانب، إلى أنه "ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر، يرتب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته وإحلال القانون المصري محله، فإن هذا المذهب ليس له من القانون المصري سند، بل هو متعارض مع نص

المادة ٢٨ من القانون المدني الذي يجرى بأنه ... والظاهر أن النص هكذا يقصـــر عدم جواز التطبيق على الأحكام التي تخالف النظام العام وليس على القانون ذاته". وفي القول بغير ذلك، "تعطيل لغايات تغياها القانون المصـــري من تعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمطلق اشـــتمال القانون على حكم يخالف النظام العام أو الآداب، وهو الأمر الذي يعطل ما أراده الشارع الحريص على إعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعنيها مع استثنائها باستثناء لا يقبل التوسع أو القياس ممل قد يتعارض مع النظام العام المصري من أحكام هذا القانون" يبقى الغرض الذي تكون فيه الأحكام الأجنبية الواجبة التطبيق مرتبطة ارتباطاً لا يقبل للتجزئة بالحكم الأجنبي الذي تم استبعاده لمخالفته للنظام العام في مصر. هنا يرى الفقه الراجح وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته، رغم تعلق الأمر بجزئية مخالفة ليس غير. وأساس هذا النظر هو الارتباط الشـــديد بين نصـــوص القانون الأجنبي المعني، بحيث يتعذر اســـتبعاد جزء منه وتطبيق جزء آخر. أما إذا انتفى مثل هذا الارتباط، فيظل الاســـتبعاد محصـــوراً في الجزئية المخالفة للنظام العام، دون سواها. لأن الاستبعاد الكلي دائماً، يجافي الحكمة التي وضعت من أجلها قاعدة الإسناد المعنية. (الدكتور هشام خالد – منصور- مرجع سابق- هشام صادق – مرجع سابق)

- الأثر الإيجابي لإعمال فكرة النظام العام: يذهب الرأي الســـائد إلى أنه يترتب على مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام إحلال قانون القاضـــي كله ليحكم العلاقة المطروحة في الحدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام ويلاحظ أنه إذا كان المطروح أمام القاضي هو الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج فإن ما يبحثه القاضي يقتصر على النظر فيما إذا كان نفاذ هذا الحق أي التمسك به في بلد القاضي يتعارض مع النظام العام فيها ويكون جزاء ذلك ليس ببطلان العلاقة وإنما عدم ســـريان آثارها في بلد القاضـــي. (يراجع في تفصـــيل ذلك كله عز الدين عبد الله بندي ١٤٧و ١٤٨- هشام صادق بندي ٨٨ و٨٩ – جابر بنود ١٨٠ إلى ١٨٣)

وقد قضـت محكمة النقض **بأن "إذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى، وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشـريعة الإسـلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق أحكام قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها فإنه لا يكون للمطعون عليها مصلحة في طلب إلغاء إشهاد الوفاة والوراثة موضوع الدعوى" (الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠)، وبأنه "إذا كان للزوج المسيحي أسوة بالزوج**

المسلم الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة إذا كانت الشريعة الإسلامية تحكم العلاقة بين الزوجين تبعاً لعدم توافر شروط انطباق الشرائع الطائفية رغم أن قواعد الشرائع المطبقة حالياً لا تعرف الطلاق بمشيئة الزوجين أو أحدهما، اعتباراً بأنه لا يجوز أن يترتب للإرادة حل عقدة الزواج لما فيه من تحكيم أهواء النفس البشرية فيما لا يجوز فيه سيطرة الهوى النفسي والضعف الإنساني، لأن الثابت أن الشريعتين اللتين كانتا سائدتين عند ظهور الديانة المسيحية – وهما الشريعة اليهودية والقانون الروماني– كانتا تبيحان تراضي الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية وتقران حق الزوج في الطلاق بمحض إرادته، وظلت مبادئ هاتين الشريعتين في هذه المسألة هي السارية مع انتشار المسيحية يساندها استعمال الكتاب المقدس لفظ الطلاق أو التطليق في إنجيل متى وتحدثه عن حل وثاق الزوجية حال الزنا، ولم تتم الغلبة لحظر الطلاق بالإرادة المنفردة إلا بعد تسعة قرون في مجمع القسطنطينية المنعقد سنة ٩٢٠ ميلادية حين بدأت الكنيسة تزاول اختصاصاً قضائياً بتصريح ضمني من الأباطرة رغم عدم وجود قانون يقضي بذلك، فهو أقرب إلى تنظيم الطلاق وتقييده منه إلى إلغائه ومنعه. وإذ كانت مختلف الشرائع المسيحية الطائفية – فيما عدا شريعة واحدة لها وضع خاص – تبيح التطليق على تفاوت في أسبابه بين توسعه وتضييقه، وكانت مسألة تطبيق الشريعة العامة لا تثور إلا عند اختلاف الزوجين طائفة أو ملة، فإن اللجوء إلى الأحكام الموضوعية للشريعة الإسلامية، بإباحة التطليق بالإرادة المنفردة يبدو لازماً تبعاً لعدم إتاحة مجال للخبرة بين الأحكام الموضوعية لأي من الشرائع الطائفية، وهي ذات العلة التي كانت تواجه القضاء الملي قبل إلغائه، فكان يرفض الفصل في النزاع بين مختلفي الملة لعدم وجود قاعدة موحدة لغير المسلمين. هذا بالإضافة إلى أنه طالما ترفع الدعوى بطلب إثبات الطلاق الواقع بالإرادة المنفردة وبعرض النزاع على القضاء لقول قالته في الشريعة التي تحكمه، فإن تبين له توافر شرائط انطباق الشريعة الطائفية لم يقع الطلاق صحيحاً، وإن استبان تخلف الشروط وخضوع المنازعة لأحكام الشريعة الإسلامية أقر وقوع الطلاق، كان هناك توافقاً في النتيجة رغم تغاير الوسيلة، ومن ثم فلا يمكن قياس هذه المسألة على حالة تعدد الزوجات" (الطعنان رقمي ١٦ و٢٦ سنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/١٧)، وبأنه "مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبي مخالفته للنظام العام في مصر أو تعارضه مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع بما لا يكفي معه أن يتعارض مع نص قانوني آمر،

وكانت المادة ٣/٥٠٢ من قانون المرافعات بما اشـــترطته من وجوب بيان أســـماء المحكمين في مشـــارطة التحكيم، أو في اتفاق مســـتقل لا تتعلق بالنظام العام، فإن مخالفتها لا تنهض مبرراً لاســـتبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر شرط التحكيم صـحيحاً منتجاً لآثاره فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه، ولا يعيبه عدم إيراد سـنده القانوني الصـحيح إذ لمحكمة النقض أن تسـتكمل أسـبابه القانونية بما تقومه، كما لا يعيبه من بعد إغفاله الرد على تمسـكت به الطاعنة من عدم تناسب نفقات الالتجاء إلى التحكيم بالخارج مع قيمة الحق المطالب به ذلك بأنه – على فرض صحته – ليس من الأسـباب التي يقرها القانون لنقض شـرط التحكيم ومن ثم يعد دفاعاً ظاهر الفسـاد لا يسـتأهل رداً" (الطعن رقم ٥٤٧ لسنة ٥١ق جلسـة ١٩٩١/١٢/٢٣)، وبأنه "لئن كانت مسـائل المواريث والوصـايا وسـائر التصـرفات المضـافة إلى ما بعد الموت تخضـع طبقاً لنص المادة ١٧ من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبياً، فإن تطبيقه يكون مشـــروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب في مصـــر وفقاً لما تقضـــي به المادة ٢٨ من التقنين المدني" (الطعن رقم ١٠ لســـنة ٤٨ق جلســـة ١٩٧٩/٦/٢٠)، وبأنه "المناط في اســـتبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق – وفق المادة ٢٨ من القانون المدني – هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتصل بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في صـدد شـرط المنع من التصـرف" (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)، وبأنه "مفاد نص المادة ٢٨ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي متى كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع، ومن ثم فإن زواج مورث الطاعنين من المطعون عليها، وهي ابنة خالته وأحقيتها في أن ترث في تركته ليس فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصـر، بل تجيزه القوانين السـارية في البلاد" (الطعن رقم ٣٣ سـنة ٣٧ق جلسـة ١٩٧٢/٤/١٢)، وبأنه "التزام الشـــخص باعتباره كفيلاً متضـــامناً بدفع دين العملة وإن كان يعتبر تعهداً مقوماً بعملة أجنبية مما حظرته المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم الرقابة على عمليات النقد في

مصر المعدلة بالقانون رقم ١٥٧ سنة ١٩٥٠، إلا أن شرط التجريم في هذه الحالة أن يكون التعهد قد صدر في مصر، أما إذا كان التعهد قد صدر في الخارج فإنه لا يعد من الحالات التي يؤثمها قانون الرقابة على النقد إلا إذا كان الدفع في مصر. ذلك أن هذا القانون فيما تضمنه من جرائم لا يسري إلا داخل إقليم الدولة ولا يتعداه إلى الخارج فيما عدا الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون العقوبات وهو الخاص بحالة من يرتكب في خارج مصر فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في القطر المصري، فإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن – وهو مصري – وقع في بيروت عقد قرض بصفته كفيلاً متضامناً في سداد دين يستحق في لبنان بالليرات اللبنانية فإن هذا التعهد وإن قوم بعملية أجنبية إلا أنه صدر في بيروت فلا يسري قانون الرقابة على النقد في مصر عليه ويعد تعهداً صحيحاً لا يسوغ التمسك ببطلانه بالاستناد إلى مخالفة هذا القانون" (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١)، وبأنه "قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع وفقاً للمادة ١٨ من القانون المدني إنما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال في الدولة ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة في التركة" (الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦)، وبأنه "وفقاً للمادة ٢٨ من القانون لمدني – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية الجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين" (الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦)، وبأنه "وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التطابق بينهما وكون القانون الوطني أكثر فائدة. وإذ كان طرفا النزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما في أمريكا والقانون الذي يحكم علاقة العمل بينهما هو القانون الأمريكي

واستبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردي المصري من النظام العام في مصر وهو يقضي بحق العامل في مكافأة نهاية الخدمة وأنه لا يجوز تطبيق القانون الأمريكي على موضوع النزاع مادام ذلك القانون كما هو متفق عليه بين الطرفين لا ينص على استحقاق العامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة أو في الطلبات الأخرى موضوع الدعوى، وأنه يلتفت عما أثارته الشركة من أنه ليس للعامل أن يختار أفضل النظامين في حين أن فكرة النظام العام لا تتصل بالمقارنة التي يعقدها قاضي الدعوى – ومن عنده– بين القانونين الوطني والأجنبي وما يراه – هو – من أوجه المفاضلة والتفضيل بينهما – فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٧/٤/٥)، وبأنه "المقرر – في قضاء هذه المحكمة – لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة" (الطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/١٩)، وبأنه "تنص المادة ٢٨ من القانون المدني على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر" ومؤدى هذا النص – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع" (الطن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٧)

- **الميراث ، فقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادة ٢٨ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي متى كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع، ومن ثم فإن زواج مورث الطاعنين من المطعون عليها، وهي ابنة خالته وأحقيتها في أن ترث في تركته ليس فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر، بل تجيزه القوانين السارية في البلاد" (نقض ١٩٧٢/٤/١٢ س٢٣ ص٦٩٨)، وبأنه "وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينهما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣**

من أصحاب الفروض والعصبات، وكانت أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام ألغام في مصر إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين، إذ كان ذلك وكان الثابت في الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فإن الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي على واقعة الدعوى، لا يكون قد خالف القانون" (نقض ١٩٦٤/٥/٢٧ س١٥ ص٧٢٧)

- اختلاف الدين مانع من موانع الميراث ، فقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى، وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق أحكام قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها فإنه لا يكون للمطعون عليها مصلحة في طلب إلغاء إشهاد الوفاة والوراثة موضوع الدعوى" (نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ س٣٠ ص٧٢٢)
- عدم تطبيق القانون اللبناني على الواقعة المطروحة إذا تعارض مع القاعدة الشرعية ، فقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبناني الجنسية، فإن القانون اللبناني هو المرجح في تحديد ورثته وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب في مصر، لما كان ما تقدم، وكان القانون اللبناني – وعلى ما يتضح من حكم محكمة التمييز اللبنانية المقدم من المطعون عليها – لا يعتد بإسلام غير المسلم إلا إذا تم وفقاً للأوضاع المحددة به، ولذا لم تعتد المحكمة المذكورة بإسلام المتوفى لعدم إتباعه هذه الأوضاع بينما المقرر شرعاً أنه يكفي لإسلام غير المسلمين واعتباره في عداد المسلمين أن يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، وهو ليس محل خلاف، وهي من القواعد الأصولية في الشريعة لإسلامية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانون والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد

بها وتغليب قانون أجنبي، فإنه لا مجال لتطبيق أحكام القانون اللبناني في هذا الخصـــوص" (نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ س٣٠ ص٧٢٢)

- **الوصـية ، فقد قضـت محكمة النقض بأن "وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضـاء محكمة النقض – لا يجوز اسـتبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصـــر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصـلحة عامة وأسـاسـية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصـية فيه بالنسـبة لغير المسلمين" (نقض ١٩٦٧/٧/٢٦ س١٨ ص١٤٩٣)**
- **استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا تعارض مع قواعد المسئولية التقصيرية لتعلقها بالنظام العام ، فقد قضـــت محكمة النقض بأن "تقوم مســـئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة على أساس الخطأ المفترض، مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع، ومقتضى المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني هو عدم جواز الاتفاق سلفاً على الإعفاء من المسـئولية عن العمل غير المشـروع، فإذا كان هدف المشـرع في تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصـول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصـادي في مصـر، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمســئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشـــروعة من المســـائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ من القانون المدني، ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطيني الذي لا تعرف نصوصه هذه المسـئولية وطبق أحكام القانون المصـري في هذا الخصـوص" (نقض ١٩٦٧/١١/٧ طعن ٢٢س ٣٤ق)**
- **الشـرط المانع من التصـرف ، فقد قضـت محكمة النقض بأن "المناط في اسـتبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق – وفق المادة ٢٨ من القانون المدني – هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصـر بأن تمس كيان الدولة أو تتصـل بمصـلحة عامة وأســاســية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في صدد شرط المنع من التصرف" (نقض ١٩٧٥/٢/١٢ طعن ٥٩س ٣٩ق)، وبأنه "إذا كان الزوج يهودي الديانة والزوجة مسـيحية كاثوليكية فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي كانت تطبقه المحكمة الشـرعية صـاحبة الاختصـاص العام في مسائل الأحوال الشـخصـية ، وقد قضـت محكمة النقض بأن "إذا كان**

النزاع المطروح دائراً بين زوج إيطالي وزوجة مصرية فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدني ويكون القانون المصري هو الواجب التطبيق فإذا كان الزوج يهودي الديانة وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصري الواجب التطبيق هو القانون الذي كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام في مسائل الأحوال الشخصية. وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي نصت على أنه "تصدر الأحكام طبقاً للمدون في اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت في فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضي بأن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، وكان طلاق زوجها إياها تكون غير مسموعة ولا يترتب على الطلاق آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف ذلك وذهب إلى أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه" (الطعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧)

الفصل الثاني

الأشخاص

١- الشخص الطبيعي :

﴿ المادة ٢٩﴾

" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون ".

﴿ التعليق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوري م٣١، الليبي م٢٩، العراقي م٣٤، السوداني م٣٧.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية أنه "فيجب أن تكون ولادته تامة وأن يكون قد ولد حياً فقبل أن تتم الولادة لا تبدأ الشخصية ، وإذا تمت الولادة ولكن الجنين ولد ميتاً فلا تبدأ الشخصية، وما بني الولادة والموت يوجد الشخص الطبيعي ويتمتع بأهلية الوجوب وهي غير أهلية الأداء، فهي قابلية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، على أن أهلية الوجوب هذه قد توجد قبل الولادة وقد تبقى بعد الموت، فالجنين

يجوز أن يوصى له فيتملك بالوصية، ويرث فيتملك بالميراث، كذلك الميت تبقى حياته مقدرة حتى تسند إليه ملكية ما تركه من مال إلى أن تسدد ديونه إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون.

﴿ الشـــرح ﴾

- **بداية الشخصية القانونية للإنسان : تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً. ولقد عبرت عن هذا المعنى المادة ٢٩ من التقنين المدني بقولها "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون" فثبوت الشخصية القانونية للإنسان يكون إذن بتمام ولادته حياً أو بمعنى آخر تكون بانفصال الجنين عن أمه حياً. فإذا انفصل الجنين ميتاً فلا تثبت له مطلقاً الشخصية القانونية. وتتحقق حياة الجنين وقت الولادة ببعض العلامات المميزة كالبكاء. وللقاضي مع ذلك أن يلجأ إلى رأي الأطباء الشرعيين ليتحقق من تمام ولادة الجنين حياً. وتثبت واقعة الميلاد بالقيد في السجلات المعدة لذلك: ويجوز لكل من له مصلحة أن يستخرج منها صورة رسمية، ومع ذلك فليس للبيانات الواردة في هذه السجلات حجية مطلقة، إذ يقتصر دور الموظف الذي يقوم بتحريره على مجرد كتابة البيانات التي يذكرها له ذوي الشأن" ولذلك يظل إثبات واقعة الميلاد، وهي واقعة مادية جائزاً بكل الطرق. وهذا هو ما قضت به المادة من القانون المدني إذ تنص على أنه: "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك. فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى" وأما إثبات ما يتفرع عن واقعة الميلاد من أثر فإنه يخضع لقواعد الأحوال الشخصية. (الدكتور محمد علي عمران – مرجع سابق ص٢٤)**

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٢٩ من القانون المدني على أن "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته ...". وفي المادة ٤٥ من ذات القانون على أنه "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو كل من لم يبلغ السابقة يعتبر فاقد للتمييز" يدل على أن الأصل – وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون – على أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي تبدأ بتمام ولادته حياً وتنتهي بوفاته، وما بين الولادة والوفاة يوجد الشخص الطبيعي" (الطعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣)

- **مركز الجنين : تثبت الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً. ومع ذلك فللجنين بعض الحقوق التي يعينها القانون. وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٩ مدني بقولها ".. ومع ذلك**

فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون" ولقد اعترف القانون للجنين ببعض الحقوق بالنسبة لاستحقاقه في الميراث والوصية. بالنسبة للميراث : يقضي القانون بأن يحتجز للجنين من تركة مورثه المتوفى بأفضل النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى، فإذا أتى الجنين بعد ذلك ذكراً أخذ ما أوقف له وأما إذا كان أنثى أخذ نصيبه باعتباره كذلك ويرد القدر الزائد إلى تركه المتوفى ليوزع بعد ذلك على سائر الورثة. وأما إذا ولد ميتاً فما أوقف له يرد إلى تركة مورثه ليتم بعد ذلك توزيعه على ورثة هذا الأخير، وإذا حدث وانفصل الجنين عن أمه لحظة الولادة حياً ولو كان ذلك للحظة ثم مات بعد ذلك، فإن ما أوقف له يكون من نصيبه على التفصيل السابق ثم يوزع بعد ذلك على ورثته بشرط أن تثبت لهم هذه الصفة وقت وفاة هذا الجنين. وبالنسبة للوصية فللجنين ما أوصى له بعد وفاة الموصي، واستحقاق الحمل المستكن لما أوصى له به موقوف على تمام ولادته حياً. وأما إذا ولد ميتاً فإن ما أوصى له به يدخل في تركة الموصي ويعتبر جزءاً منها ويوزع بالتالي على ورثته. ولقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن الشخصية القانونية للجنين تثبت له بصفة استثنائية. وتبعاً لذلك فإن هذه الشخصية لا تثبت له إلا فيما نص عليه القانون من حالات. وأما فيما عدا ذلك – ولو كان فيه مصلحة للجنين – فلا تثبت للجنين شخصية قانونية. وذهب رأي آخر من الفقه استناداً للميراث والوصية إلى القول بأن الحقوق التي تثبت للحمل المستكن هي التي لا تتوقف على قبول (الميراث والوصية) ولذا فقد ذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بعدم جواز الهبة إذ تنعقد بالإيجاب والقبول. (محمد توفيق فرج – ص٢٩٧- سليمان مرقص ص٢٧٠) ويستند هؤلاء الفقهاء إلى أن الولاية لا تثبت ولا تبتدئ إلا بالولادة، فليس للجنين ولي يملك القبول عنه. وبما أن المشرع المصري قرر إقامة وصي على الحمل المستكن. فلهذا الوصي أن يقبل الهبة. ولذلك يذهب فقهاء آخرون إلى القول باكتسابه لما يكون له نافعاً محضاً بلا تمييز بين ما يتطلب ذلك إذا في حالة تطلب القبول يملكه الولي أو الوصي نيابة عن القاصر. (عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية الحق بند٣٨ – السنهوري – بند ٦٥ج ٥ – حسن كيرة – مرجع سابق ص٥٠٧)

- وقد أحال المشرع في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون ، وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في الدمة ٢٩ من الدقانون المدني يدل على أن المشـــرع أحال في بيان حقوق الحمل المســـتكن إلى القانون، فليس له من حقوق إلا ما حدده القانون وقد نظم المرســـوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال الولاية على الحمل المستكن، وأثبت له قانون الجنســية الحق في اكتســاب جنســية أبيه، واعترف له قانون المواريث بالحق في الإرث كما اعترف له قانون الوصــية بالحق فيما يوصـــي له به، أما حقه في التعويض عن

الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حياً فلم يعينه القانون، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المجني عليه الذي أصـيب في الحادث – سـبب دعوى التعويض الراهنة – قد مات بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٨ قبل ميلاد ابنته القاصــرة...... الحاصــل في ١٩٨١/١١/١ ومن ثم فإنها كانت في هذا التاريخ حملاً مســتكناً فلا تســتحق بعد ولادتها التعويض المطالب به، لأن الحق في التعويض عن الأضرار الشخصية المباشرة التي تدعي أنها أصيبت بها وقت أن كانت حملاً مستكناً وكما سلف البيان لم يكن من بين الحقوق التي عينها القانون للحمل المستكن وحددها على سبيل الحصر" (الطعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٧ وبنفس المعنى الطعن رقم ٥٤٦٢ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٢/١/١٨)

- انتهاء الشخصية بالموت : تنتهي شخصية الإنسان بموته، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون المدني بقولها "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته.... " فتنتهي إذن شخصية الإنسان بموته، وتثبت واقعة الوفاة في السجلات المعدة لذل، ويمكن لكل من له مصـلحة الحصـول من هذه السـجلات على شـهادة بذلك، ومع ذلك فليس لهذه السـجلات حجية مطلقة، فالوفاة شـأنها في ذلك شـأن أي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات و بالتالي فإنه يجوز لكل من له مصـلحة أن يثبت عكس ما هو وارد في هذه السـجلات. وإعمالاً للقاعدة الشـرعية المعروفة بألا تركة إلا بعد سـداد الديون ذهب فقهاء الحنفية خاصة إلى القول بامتداد شخصية الإنسان بعد وفاته إلى أن تصفى تركته ويسدد ما عليه من ديون وقد أخذ التقنين المدني بما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، إذ تنص المادة ٨٩٩ منه على أنه "بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي". وفي هذا الافتراض مخالفة للواقع والقانون. فلا يمكن القول من جهة بامتداد شـخصـية الإنسـان إلى ما بعد وفاته، ومن جهة أخرى فإن في هذا القول مخالفة لما ينص عليه القانون. فالقاعدة أن شـخصـية الإنسـان تنتهي بوفاته (المادة ٢٩ مدني). وإذا كان المراد هو التوفيق بين القاعدة القانونية التي تقضي بانتهاء شخصية الإنسـان تنتهي بوفاته، وتنتقل فور الوفاة تركته إلى ورثته بكل ما لها وما عليها. وتحدد مسـئولية الورثة عن ديون مورثهم بقدر ما ينتقل إليهم من تركته. وبذلك يكون التوفيق ممكناً بين القاعدة التي تقضـي بألا (تركة إلا بعد سـداد الديون)، وبين القاعدة التي تقضـي بانتهاء الشـخصـية القانونية للإنسـان فور وفاته. وهذا هو ما يذهب إليه الآن الفقه في مجموعه. (حسن كيرة – المرجع السابق ص ٥٠٧، السنهوري – مرجع سابق، عمران – المرجع السابق) ولتحديد لحظة الموت أهمية بالغة في إعمال أحكام الإرث خاصـة في حالة

ما يسـمى بأموات البغتة أي الأشـخاص الذين يموتون معاً في حادث واحد، وقد ذهب رأي إلى أن الموت يكون بتوقف جميع خلايا القلب عن العمل ولكن زادت المنازعة في صحة هذا المعيار مؤخراً بمناسـبة عمليات نقل القلب ومن ثم ذ هب رأي آخر إلى أن لحظة الموت تتحدد بتوقف خلايا المخ بعدم إعطاء رسام المخ الكهربائي أية إشارات لأن يعد توقف خلايا المخ عن العمل يظل القلب يعمل لفترة من الزمن ويسـتعين القاضـي لتحديد لحظة الوفاة بالوسائل المختلفة مستعيناً برجال الطب الشرعي فإن لم يستطع إعمال حكم المادة الثالثة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ التي تنص على أنه إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا اسـتحقاق لأحدهما في تركة الآخر سـواء كان موتهما في حادث واحد أم لا (جلال وأبو الليل بند ٤١ والدكتور حسن كيرة – مرجع سابق – السنهوري- مرجع سابق- بند ٨٦)

وقد قضـت محكمة النقض بأن "توقيع الحجر على شـخص يعتبر إجراء تحفظياً يسـتهدف منعه من إساءة التصرف في أمواله، فإذا توفي الشخص استحال أن يتصرف في تلك الأموال، ويزول مقتضى الحجر وعلة الحكم به، وطالما كان أمر توقيع الحجر معروضـاً على القضـاء ولم يصـدر به حكم حائزاً لقوة الأمر المقضـي، فإن الدعوى به تنتهي بوفاة المطلوب الحجر عليه بغير حكم يعرض لأهليته، وهذا ما يسـتفاد من المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال، الذي يشترط للحكم بتوقيع الحجر أن يكون المطلوب الحجر عليه شخصاً بالغاً، وتعين المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله، فإذا انتهت شـخصـية المطلوب الحجر عليه بموته طبقاً للمادة ١/٢٩ من القانون المدني اسـتحال الحكم لصيرورته غير ذي محل فضلاً عن أن أموال المطلوب الحجر عليه تورث عنه بموته عملاً بالمادة الأولى من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث فلا تعود هناك أموال يعهد بها إلى قيم لإدارتها ويصبح توقيع الحجر لغواً، لما كان ما تقدم، وكان البين من الأوراق، أن المطلوب الحجر عليه توفى أثناء نظر المعارضـة المقامة منه عن الحكم الغيابي القاضـي بتوقيع الحجر عليه، فإنه كان يتعين معه الحكم في تلك المعارضـة بانتهاء دعوى الحجر، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بتأييد الحكم الابتدائي الصادر بتأييد الحكم المعارض فيه، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٠/١/٢٣)

﴿ المــــادة ٣٠ ﴾

" تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى ".

﴿ التعليــــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوري م٣٢، العراقي ٣٥، السوداني م٣٨، الليبي م٣٠.

﴿ الشــــرح ﴾

- **كيفية إثبات الولادة والوفاة : الأصل أن شهادة الميلاد و شهادة الوفاة كافيتان للإثبات حتى يقيم ذو الشأن الدليل على عدم صحة ما أدرج في السجلات وليس من الضروري إثبات أن هاتين الشـهادتين قد فقدتا بل يكفي ألا يوجدا حتى يسـمح لذي الشـأن أن يثبت الولادة أو الوفاة بجميع الطرق. على أنه يلاحظ في إباحة إثبات الولادة والوفاة بجميع الطرق أن قانون الأحوال الشـخصـية هو الذي يحدد قوة الإثبات للطرق المختلفة فتتبع أحكام الشـريعة الإسلامية في ثبوت النسب. ومن طرق الإثبات التي تسمح بها القواعد العامة ما يعرف في القانون الفرنسي بحيازة النسب فيعرف المولود أمام الناس وبين أفراد الأسرة منسوباً لأمه وأبيه. (مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني)**

وقد قضـت محكمة النقض بأن "لما كان القانون رقم ٦١ لسـنة ١٩٧٣ بشـأن سـريان بعض أحكام قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسـنة ١٩٦٤ على أصـحاب الأعمال قد خلا من نص خاص بتحديد المستندات اللازمة لإثبات سن المؤمن عليه أو كيفية تقدير هذا السن في حالة النزاع بشأنه واقتصر نص المادة ١٨ منه على أن "تسـري أحكام الباب الحادي عشـر من قانون التأمينات الاجتماعية المشـار إليه في المجال الذي تطبق فيه أحكام هذا القانون" ثم صدر القانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٧٦ في شأن التأمين الاجتماعي على أصـحاب الأعمال ومن في حكمهم ونصـت المادة الثالثة من مواد إصـداره على أن "يصـدر وزير الشـئون الاجتماعية اللائحة التنفيذية لهذا القانون ويسـتمر العمل بالقرارات الصـادرة تنفيذاً لأحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٣ بسريان بعض أحكام قانون التأمينات الاجتماعية على أصحاب الأعمال إلى حين صدور اللائحة المذكورة" وقد صـدر قرار وزارة الشـئون الاجتماعية رقم ٢٨٢ لسـنة ١٩٧٧ باللائحة التنفيذية للقانون رقم

١٠٨ لسنة ١٩٧٦ سالف البيان ونصت المادة الرابعة منه على أن "يتقدم المؤمن عليه بإخطاره للاشتراك لدى الهيئة على النموذج رقم ٥٥ المرافق من أصل وصورتين مرفقاً به المستند المثبت لبدء النشاط ومستند الميلاد، ويقصد بمستند الميلاد شهادة الميلاد أو مستخرج رسمي من سجل المواليد أو من حكم قضائي أو البطاقة العائلية أو الشخصية أو جواز السفر أو صورة فوتوغرافية من هذا المستند يوقع عليها من موظف الهيئة المختصة بما يفيد المطابقة على الأصل. وعلى المؤمن عليه أن يتقدم بالمستندات المشار إليها إلى مكتب الهيئة المختصة خلال شهر على الأكثر من تاريخ بدء سريان القانون عليه" مما مفاده أن المشروع في نطاق القانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٧٦ قد اقتصر في إثبات تاريخ ميلاد المؤمن عليه على شهادة الميلاد أو مستخرج رسمي من سجل المواليد أو حكم قضائي أو البطاقة العائلية أو الشخصية أو جواز السفر باعتبارها مستندات رسمية لا يجوز الطعن عليها إلا بالتزوير وكانت المطعون ضدها قد تقدمت بشهادة ساقط قيد وبطاقة شخصية ثابت بهما أنها من مواليد ١٩٢٣/٢/٤. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد عول في قضائه عليهما في إثبات تاريخ ميلاد المطعون ضدها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون" (الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦)، وبأنه "متى كانت المحكمة قد أخذت بشهادة الوفاة الصادرة من الحاخمخانة بعد أن تبين من الشهادة السلبية التي قدمت خلو السجلات الرسمية المعدة لإثبات الوفاة من أي بيان مخالف لما بها، فإنها لم تخطئ، ذلك أن المادة ٣٠ من القانون المدني وقوانين المواليد والوفيات افترضت إمكان السكوت عن التبليغ عن الولادة أو الوفاة لعلة أو لأخرى" (الطعن رقم ١٣٧٧ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٥٧/١/٢٢)، وبأنه "متى كان الحكم إذ قضى بثبوت الوفاة والوراثة قد أخذ بأسباب الحكم الابتدائي الذي وقف في تسبيب قضائه عند حد القول بأن المدعي أثبت دعواه بالبيئة الشرعية وأن الدعوى قد ثبتت بذلك دون أن يبين ماهية هذه البيئة ومؤداها وما هي الحقيقة التي ثبتت للمحكمة من البيئة التي أسست عليها قضاءها فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٤٣ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٥٨/٦/٥)

- وتعد شهادة الميلاد قرينة على ثبوت النسب ، وقد قضت محكمة النقض بأن " النعي بأن شهادة الميلاد ليست حجة في إثبات النسب مردود بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ من شهادة الميلاد حجة على ثبوت النسب وإنما اعتبرها قرينة بالإضافة إلى الأدلة والقرائن الأخرى

التي أوردها الحكم" (الطعن رقم ٥ لسنة ٤٢ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥)، وبأنه "البيانات الواردة بشهادات الميلاد – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – باعتبارها من إملاء صاحب القيد لا تصلح بمجردها لثبوت النسب وإن كانت تعد قرينة لا يمنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها" (طعن رقم ٩ لسنة ٤٤ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤)، وبأنه "قيد طفلة، وردت إلى ملجأ الرضع باسم .... لا يفيد أنها ابنة لشخص حقيقي يحمل هذا الاسم وأنها معلومة النسب، لما هو مقرر من إطلاق اسم على اللقطاء تمييزاً لهم وتعريفاً بشخصيتهم عملاً بالمادة ١٠ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩١٢ بشأن المواليد والوفيات والتي أوجبت إطلاق اسم ولقب على حديث الولادة" (الطعن رقم ٢ لسنة ٤٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٣/١٠)

- وحجية شهادة الوفاة تعد قاصر على مجرد صدورها على لسان ذوي الشأن ويجوز إثبات ما يخالفها ، وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد المادة ١١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ – المقابلة للمادة ٣٩١ من القانون المدني – أن الحجية المقررة للأوراق الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات تتعلق بما قام به محررها أو شاهد حصوله من ذوي الشأن أو تلقاه عنهم في حدود سلطته واختصاصه، تبعاً لما في إنكارها من مساس بالأمانة والثقة المتوافرين فيه، ومن ثم لا تتناول هذه الحجية البيانات الخارجة عن الحدود أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات لأن إثباتها في ورقة رسمية لا يعطيها قوة خاصة في ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها، فيرجع في أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة في الإثبات" (الطعن رقم ١٩ لسنة ٤١ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧)، وبأنه "شهادة الوفاة ورقة رسمية معدة لإثبات حصول الوفاة، ومهمة الموظف المختص بتدوين الوفيات تقتصر وفقاً لنص المادة ٢٩ وما بعدها من قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ على التحقق من شخصية المتوفى قبل القيد إذا كان التبليغ غير مصحوب بالبطاقة الشخصية، أما البيانات الأخرى المتعلقة بسن المتوفى ومحل ولادته وصناعته وجنسيته وديانته ومحل إقامته واسم ولقب والده ووالدته فعلى الموظف المختص تدوينها طبقاً لما يدلي به ذوي الشأن، ومن ثم فإن حجية شهادات الوفاة بالنسبة لتلك البيانات تنحصر في مجرد صدورها على لسان هؤلاء دون صحتها في ذاتها وتجوز الإحالة إلى التحقق لإثبات ما يخالفها" (الطعن رقم ١٩ لسنة ٤١ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧)

﴿ المـــادة ٣١ ﴾

" دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص ".

《 التعليـــق 》

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوداني م٣٩، الليبي م٣١ ، السوري م٣٣.

《 الشـــرح 》

- تنظيم دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات : تنص المادة ٣٦ من القانون رقم ٢٦٠ لسـنة ١٩٦٠ في شـأن الأحوال المدنية المعدل بالقانون رقم ١١ لسـنة ١٩٦٥ على أنه "لا يجوز إجراء أي تغيير أو تصحيح في قيود الأحوال المدنية المدونة في سجلات الواقعات والسجل المدني إلا بناء على قرار يصدر من اللجنة المنصوص عليها في المادة ٤١. واستثناء من حكم الفقرة السابقة يكون إجراء التغيير أو التصحيح في الجنسية أو الديانة أو المهنة أو في قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصادق أو الطلاق أو التفريق الجسماني أو إثبات النسب بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون حاجة إلى استصدار قرار بذلك من اللجنة المشار إليها. ويكون لأمين السجل المدني تصحيح الأخطاء المادية والتوقيع عليه على أن يعتمد التصحيح من مفتش الأحوال المدنية المختص. يجوز تقديم طلبات التصحيح من النيابة العامة أو أمين السجل المدني. وتنظم اللائحة التنفيذية الإجراءات التي تتبع في جميع هذه الأحوال . كما نصت المادة ٤١ من ذات القانون المعدلة بالقانون المشار إليه آنفاً على أن "تشكل في دائرة كل محافظة لجنة من رئيس النيابة رئيساً ومدير صحة المحافظة ومفتش الأحوال المدنية عضوين، وتختص هذه اللجنة بالفصل في طلبات تصحيح قيود الأحوال المدنية في سجلات الواقعات وفي السجل المدني وفي طلبات قيد المواليد والوفيات التي يبلغ عنها بعد نهاية سنة من تاريخ الميلاد أو الوفاة، وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات الخاصة بتقديم هذه الطلبات والفصل فيها ، وصدر قرار وزير الداخلية رقم ٧٣ لسنة ١٩٦١ باللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ وتضمنت تنظيم دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ، ومفاد ما تقدم أن الاختصاص فيما يتعلق بإجراء تغيير أو تعديل في الواقعات المشار إليها بالمادة ٣٦ ينعقد للجنة المشار إليها بالمادة ٤١ دون سواها ويعتبر تصحيح الاسم تصحيحاً في الواقعات المشار إليها بالمادة ٣٦ ينعقد للجنة المشار إليها بالمادة ٤١ دون سواها ويعتبر تصحيح الاسم تصحيحاً في الواقعات فتختص به اللجنة دون جهة القضاء التي عليها إن رفعت إليها دعوى بذلك أن تقضي بعدم اختصاصها دون إحالة وإلزام المدعي المصاريف إذ تنتهي الخصومة أمام جهات القضاء بهذا الحكم (أنظر فيما يلي المادة ٣٨) وتقدير السن يكون أصلاً بشهادة الميلاد المستخرجة من دفاتر المواليد لغير ساقطي القيد، أما ساقطي القيد، فإن تقدير سنهم يكون بمعرفة اللجنة المنصوص عليها بالمادة ٤١ سالفة الذكر إلا إذا نص القانون على طريقة أخرى فتكون هي الواجبة

الإدباع ومتى تم التقدير وفقاً لها فلا يكون لأي تقدير آخر حجية حتى لو دل على السن الحقيقي بيقين. (أنور طلبة – مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة في إثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة عليه، إذ لم يقصد بها ثبوته، وإنما جاء ذكره فيما تبعاً لما قصد منها ووضعت له، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله بل يصح الإملاء من القابلة أو الأم، فلا يعتبر نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها" (الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧)، وبأنه "شهادة الميلاد وإن كانت لها حجيتها فيما أعدت لإثباته طبقاً لأحكام قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٨٠ وهي واقعة الميلاد إلا أنها لبست حجة في إثبات الوفاة والبيانات المتعلقة بها" (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٧/١/٢٧)، وبأنه "المقرر في قضاء محكمة النقض أن شهادة الميلاد بمجردها ليست حجة في إثبات النسب لأن القيد في الدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله بل يصح الإملاء من القابلة أو الأم فلا يعد نسب الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه، طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها" (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨١/٥/١٢)

﴿ المـــادة ٣٢﴾

" يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية الليبي م٣٢، السوري م٣٤.

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي بأن "فكل شخص اختفى بحيث لا يعلم مكانه ولا يدري هل هو حي أو ميت يمكن لكل ذي شأن.. الحصول على حكم من القاضي بإثبات فقده ومتى صدر الحكم ثبتت لهذا الشخص حالة المفقود وهي حالة تخضع في أحكامها لقانون الأحوال الشخصية وهي هنا الشريعة الإسلامية..".

﴿ الشـــرح ﴾

- الموت الحكمي أو الاعتباري : تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بوفاته متى كانت الوفاة يقينية ومؤكدة على التفصيل السابق بيانه. وقد لا تكون الوفاة مؤكدة وإن غلبت. مثال ذلك المفقود وهو الذي لا يعلم على وجه اليقين حياً هو أو ميت. والمفقود على هذا النحو هو الذي تنقطع أخباره على نحو يرجع معه وفاته. كمن يخرج للسياحة وتنقطع أخباره مدة طويلة أو كمن يفقد في معركة حربية أو زلزال أو فيضان. ومع أن الوفاة ليست يقينية، إلا أنه لا يعقل

أن يظل مصير هذا الشخص معلقاً إلى الأبد. لذلك أجاز القانون للقاضي إن حكم باعتبار هذا المفقود ميتاً إذا مضـــى على تغيبه وانقطاع أخباره مدة معينة. وتنص المادة ٣٢ من القانون المدني على أنه "تسري في شأن المفقود والغائب والأحكام المقررة في قوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشـريعة الإسـلامية"، ولقد نظم المرسـوم بقانون رقم ٢٥ سـنة ١٩٢٩ الأحكام الخاصة بالمفقود – وهذا القانون مأخوذ عن فقه الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين- وتنص المادة ١١ منه على أنه "يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع ســنين من تاريخ فقده. وأما في جميع الأحوال الأخرى، فيفرض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً" فيمكن إذن للقاضـــي أن يحكم بموت المفقود في حالتين : (أ) حالة غلبة الهلاك : إذا كان الشـــخص قد فقد فى وقت يغلب فيه الهلاك، كمن يفقد فى حرب أو كارثة كزلزال أو فيضـــان، فللقاضـــى بناء على طلب ذوى الشـــأن أن يحكم بإعتباره ميتاً بعد أربع ســنوات من تاريخ فقده، وبعد التحرى عنه بكافة الطرق الممكنة. ويعتبر هذا الشــخص ميتاً فى تاريخ الحكم بذلك ، والأصـــل أن القاضـــى هو الذى يحكم بذلك، إلا أنه خروجاً على هذا الأصل أجاز المشرع لوزير الحربية أن يصدر قراراً باعتبار المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية موتى بعد مضـي أربع سنوات على فقدهم. ويقوم هذا القرار مقام الحكم القضـــائي بذلك. (ب) حالة لا يغلب فيها الهلاك : وأما إذا كان الفقد قد تم في ظروف لا يغلب معها الهلاك، فالأمر في اعتبار المفقود ميتاً في هذه الأحوال أو في عدم اعتباره كذلك متروك للقاضـــي الذي له أن يتحرى بكافة الطرق الممكنة للوقوف على حياة المفقود أو موته. وواضح هنا – ومن باب أولى – أنه لا يجوز الحكم بوفاة المفقود قبل مضي أربع سنوات على فقده .

- الآثار التي تترتب على اعتبار المفقود ميتاً : قلنا الآن أن الوفاة تنتهي بها الشخصية القانونية قد تكون حقيقية وقد تكون اعتبارية أو حكمية. فإذا كانت الوفاة حقيقية فإن الأمر لا يثير صــعوبة، وأما إذا كانت الوفاة اعتبارية. فيجب أولاً معرفة الوقت الذي يعتبر المفقود فيه ميتاً من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا المفقود الذي حكم باعتباره ميتاً قد يظهر من جديد – فالوفاة لم تكن حقيقية – فما هو الحكم في مثل هذه الحالة.
- الوقت الذي يعتبر المفقود فيه ميتاً : لا يعتبر المفقود ميتاً بحســـب الأصـــل إلا بحكم من القاضي، ويعتبر ميتاً من تاريخ هذا الحكم، فالحكم هنا منشئ لا مقرر إذ أن القاضي لا يحكم به إلا بعد التحري بكافة الطرق الممكنة عن حياة المفقود أو موته. وهو لا يحكم إلا بعد مضى

مدة معينة من تاريخ الفقد على التفصيل السابق بيانه ، وتختلف النتائج التي يمكن أن تنتهي إليها بحسب اعتبار المفقود ميتاً من وقت الفقد أو من وقت الحكم.

فإذا ما قلنا باعتبار المفقود ميتاً من وقت الفقد، ترتب على ذلك ما يلي : (أ) أن ما أوقف على ذمته من إرث أو وصية بعد الفقد وقبل الحكم يرتد إلى ذوي الحق فيه. وهم الذين كانوا يستحقونه من دونه أي هم ورثة المتوفى (المورث) أو ورثة الموصى. وهذه نتيجة منطقية لأن شرط الاستحقاق بسبب الإرث أو الوصية أن تثبت حياة الوارث وقت وفاة المورث، وحياة الموصي له وقت وفاة الموصي . (ب) أن تقسم تركة المفقود الذي حكم باعتباره ميتاً على ورثته الذين كانوا موجودين وقت فقده حتى من توفى منهم بعد الفقد وقبل الحكم وهذه النتيجة غير منطقية، لأن شرط استحقاق الإرث هو تحقق موت المورث قبل الوارث. وهذا الشرط قد لا يكون متحققاً بالنسبة إلى من توفي من ورثة المفقود في الفترة بين الفقد والحكم، لانعدام الدليل على وفاة المفقود في هذه الفترة ، وأما إذا ما قلنا باعتبار المفقود ميتاً من وقت الحكم لا من وقت الفقد، لترتب على ذلك عدة نتائج عكس السابقة : أ- تنقسم أموال المفقود على من يوجد من ورثته وقت الحكم بفقده وأما من توفى منهم في الفترة بين الفقد والحكم، فلا يرثون شيئاً، وهذه النتيجة لا غبار عليها إذ أن من شروط تحقق الإرث أن تثبت حياة الوارث وقت موت المورث . ب- ويستحق ما أوقف على ذمته من إرث أو وصية. فيدخل نصيبه منها ضمن تركته ويقسم بين ورثته الموجودين وقت الحكم: وهذه النتيجة يعترض عليها لأن من شروط استحقاق الإرث أو الوصية ثبوت حياة الوارث أو الموصى له. وقد لا يكون هذا الشرط متحققاً بالنسبة للمفقود في الفترة ما بين الفقد والحكم ، ونظراً لاختلاف النتائج التي تترتب على الأخذ بأحد الرأيين السابقين فقد قرر الفقهاء بأن المفقود، بعد الحكم بثبوت وفاته يعتبر بالنسبة للفترة ما بين الفقد والحكم حياً فيما يتعلق بالأحكام التي تضره فلا تقسم أمواله على ورثته ولا تحل زوجة لغيره من الأزواج إلا من تاريخ الحكم (المادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) ويعتبر المفقود ميتاً بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره فلا يستحق ما أوقف لأجله من إرث أو وصية، بل يرتد نصيبه إلى من كانوا يستحقونه باعتبار المفقود ميتاً من تاريخ الفقد بالنسبة إلى إرثه من غيره وما في حكم ذلك، يعتبر ميتاً من تاريخ الفقد بالنسبة إلى إرثه من غيره وما في حكم ذلك، يعتبر ميتاً من وقت الحكم بالنسبة إلى إرث غيره منه. (سليمان مرقص – مرجع سابق ص٢٧٩) ١- ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته : قلنا الآن أن الموت هنا ليس حقيقياً، ولكنه حكيماً. وقد يظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته. فما أثر ذلك الظهور على ما يكون قد تم من وقائع أو تصرفات استناداً إلى الحكم بموت المفقود. (أ) في شأن الرابطة الزوجية : بعد الحكم بموت المفقود، قد تكون زوجته قد تزوجت

بآخر، فإذا ما ظهر الزوج الأول حياً من جديد، فما أثر ظهوره على العلاقة الجديدة التي تكون قد نشأت بين زوجته وهذا الزوج الثاني: القاعدة في هذا الشأن هي بقاء الزواج الثاني إذا كان الزوج حسن النية لم يكن عالماً ولم يكن في استطاعته أن يعلم إذا ما بذل جهداً معقولاً في البحث والتحري بحياة المفقود، وكان قد دخل بزوجته. ففي هذه الحالة يفضل الزوج الثاني على الأول. وأما إذا كان الزوج الثاني على علم بأن من حكم بموته ليس ميتاً أو كان باستطاعته العلم بذلك فهو سيء النية ويفضل عليه الزوج الأول. وينطق نفس الحكم حتى ولو كان الزوج الثاني حسن النية طالما أنه لم يكن قد دخل بالزوجة وعاشرها، فالأفضل هنا أن نغلب مصلحة الزوج الأول إذا كان الزواج الثاني قد أبرم قبل أن تعتد الزوجة عدة الوفاة وهي التي تحسب من تاريخ الحكم بموت المفقود إذ أن الزواج الثاني يكون في هذه الحالة باطلاً ويفضل تبعاً لذلك الزواج الأول ، ويذهب جانب من الفقه إلى المفاضلة بين الزوج الأول والثاني تبعاً لمن يكون له منها أولاد، فإذا كان للزوج الأول من الزوجة أولاد فضل على الثاني ولو كان قد دخل بها بحسن نية، وأما إذا كان للزوجة من الاثنين أولاد فضل الزوج الثاني شريطة أن يكون حسن النية . (ب) شأن الأموال : عند الحكم باعتبار المفقود ميتاً، توزع أمواله على ورثته وكذلك يرد إلى تركة مورثه ما يكون قد حجز له في الفترة ما بين فقده وبين الحكم باعتباره ميتاً: فإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بفقده فإن له أن يسترد ما بقي من أموال تحت يد ورثته. وأما ما تصرفوا فيه فليس له مطالبتهم برده وهذا الحكم هو ما يذهب إليه الفقه في مجموعه، ومع ذلك فنرى ضرورة التفرقة بين فرضين. الفرض الأول: وفيه يكون الورثة قد تصرفوا فيما آل إليهم من تركة المفقود دون أن تعود عليهم من جراء ذلك منفعة. وهنا لا يلتزم الورثة بالرد. الفرض الثاني: وفيه يتصرف الورثة بعوض فيما آل إليهم من تركة المفقود وتعود عليهم من وراء ذلك منفعة، ومثال ذلك استبدال مال من أموال التركة بمال آخر على سبيل المقايضة. فلا نرى في هذا الفرض ما يحول بين المفقود – وهو الذي حكم باعتباره ميتاً ثم ظهر – وبين حقه في أن يسترد ما حل من مال محل ما كان في الأصل من مشتملات تركته مادام هذا المال موجوداً تحت يد ورثته إذ لا يوجد ما يدعوا في هذا الفرض إلى التضحية بمصلحة المفقود وتغليب مصلحة ورثته عليه. (الدكتور سليمان مرقص – مرجع سابق – عمران – مرجع سابق)

- يجب اختصام وكيل المفقود في دعوى موته : إذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصماً عنه وإن لم يكن له وكيل ينصب له قيماً تقبل عليه البينة لإثبات دعوى موته ، وإذا لم يختصم تقضي المحكمة بعدم القبول من تلقاء نفسها" .

- تختص محكمة الأسرة بنظر دعوى موت المفقود : بصدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ والخاص بمحكمة الأسرة أصبحت هذه المحكمة هي المختصة نوعياً بنظر دعوى موت المفقود ويكون الاختصاص محلياً للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي وإذا تعدد المدعى عليهم فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم.

﴿ المـــادة ٣٣﴾

" الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوداني م٤٦، الليبي م٣٣، العراقي م٣٧، السوري م٣٥.

﴿ الشـــرح ﴾

- كيفية تنظيم الجنسية المصرية : كل شخص طبيعي ينتمي إلى جنسية معينة وينتسب إلى أسرة تتكون من ذوي قرباه، ويتميز باسم يعرف به، ويقيم في موطن يتخصص له، وتحدد له أهلية أداء لمباشرة حقوقه المدنية، فهذه خصائص خمس للشخصية الطبيعية.. فالجنسية المصرية هي التي ينتمي إليها كل مصري سواء أقام في مصر أم لم يقم ويلاحظ أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول يعتبرون مصريين في نظر القانون المصري والمحاكم المصرية وتتغلب بذلك الجنسية المصرية على الجنسيات الأجنبية. (مذكرة المشروع التمهيدي) وتقضي المادة السادسة من الدستور على أن "الجنسية المصرية ينظمها القانون" وكان البدء في تنظيمها منذ عام ١٩٢٩ عندما صدر بشأنها القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ومن بعده القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ وعندما قام الاتحاد بين مصر وسوريا صدر القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم جنسية الجمهورية العربية المتحدة، وكان لزاماً على المشرع المصري بعد انفصال الدولتين في ١٩٦١/٩/٢٨ أن يعيد تنظيم الجنسية المصرية، وقد تراخى ذلك حتى صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية ، وقد احتفظ المشرع بالمعيار الأساسي للجنسية المصرية المبني على حق الدم أو الأصل العائلي وبالحالات التي يجوز أن تمنح فيها هذه الجنسية استناداً إلى معيار حق الإقليم وبالأحكام الأساسية بشأن الجنسية المكتسبة أو الطارئة أو المختارة ، واستحدث المشرع معياراً جديداً حين اعتبر من ولد في الخارج لأم مصرية من أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، مصرياً،

وكذلك للابن غير الشرعي وللابن حق اختيار الجنسية المصرية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد بعد جعل إقامته العادية في مصر وذلك بإخطار يوجه لوزير الداخلية، ولم يشترط القانون مدة محددة لاعتبار الإقامة عادية ، ونظم التجنس وفقد الجنسية وسحبها وإسقاطها واستردادها، ولا يكفي لاكتساب الجنسية المصرية أن يولد الشخص لأم مصرية، إذ المقرر أن المولود يتبع والده في الجنسية، فإن عرفت هذه الجنسية كان المولود عليها ولو كان مولده في مصر واستمرت إقامته بها إذ يخضع في هذه الحالة للتجنس وشروطه، أما إن كان الوالد مجهول الجنسية أو لا جنسية له عند مولد الطفل، اكتسب الطفل الجنسية المصرية حتى لو اكتسب والده بعد ذلك جنسية أخرى أو استرد جنسيته التي سحبت منه أو أسقطت عنه إذ لم يرد نص بإسقاط الجنسية المصرية عن المولود في هذه الحالة. (أنور طلبة – مرجع سابق – المطول – السنهوري – مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين تمسكوا في دفاعهم بأن المطعون ضدها الأولى أجنبية وتتمتع بالجنسية الأمريكية وأنها قد تخلت عن جنسيتها المصرية التي كانت قد اكتسبتها بالزواج من مصري وذلك بعد وفاة زوجها، ويحق لهم تبعاً لذلك الاستفادة من حكم المادة ١٧من القانون رقم ١٣٦ لسنة ٨١ وإنهاء عقد الإيجار خاصة وإن حفيدتها وزوجها اغتصبا عين النزاع بعد ذلك، وقدموا تأييداً لهذا الدفاع الشهادتين الصادرتين من مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية بوزارة الداخلية والمؤرختين (...... ، ......) المتضمنتين وصول المطعون ضدها الأولى إلى البلاد في (.....) بجواز سفر أمريكي رقم (.....) وبإقامة لمدة شهرين ثم مغادرتها البلاد بذلك الجواز في (.....) وأنها تقدمت لطلب للحصول على شهادة الجنسية المصرية ظل قيد البحث حتى تاريخ تحرير الشهادة في (.....) ومحضر الشرطة رقم (.....) لسنة (.....) إداري المعادي الذي قررت فيه ابنة المطعون ضدها أن والدتها انقطعت عن الإقامة بعين النزاع في أوائل سنة ١٩٧٦ وأقامت بأمريكا وأنها في الفترات القليلة التي عادت فيها إلى مصر كانت تسجل إقامتها بقسم الشرطة ولما كان النص في المادة ٢١ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية يعطي لوزير الداخلية الحق في إعطاء ذوي الشأن شهادة بالجنسية المصرية وذلك بعد التحقق من ثبوت الجنسية وتعطى هذه الشهادة لطالبها خلال سنة على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب واعتبر القانون الامتناع عن إعطائها في الميعاد المذكور رفضاً للطلب وكان الثابت أن طلب حصول المطعون ضدها الأولى على الجنسية المصرية ولم يبت فيه رغم مرور أكثر من سنة على تقديمه مما يدل على أن وجه المسألة في الجنسية ليس ظاهراً ويحتاج الأمر فيه إلى صدور حكم من المحكمة المختصة. وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى القول بأن المطعون ضدها المذكورة مصرية الجنسية وركن في

ذلك إلى قرائن أخرى ورتب على ذلك عدم اســتفادة الطاعنين بحكم المادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ رغم جدية المنازعة حول الجنسية خاصة وإن حصول المطعون ضدها على جواز ســفر مصــري كان بعد رفع دعوى النزاع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعنان رقمي ١٦٢٦، ١٧٥٤ لســنة ٥٥ق جلســة ١٩٩١/٣/٢٨)، وبأنه "مفاد نص المادتين ١٩، ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ لسـنة ١٩٥٠ الخاص بالجنسـية أن الشـهادة الصـادرة من وزير الداخلية لأحد الأشـخاص بناء على طلب الجنسية ليس من شـأنها أن تكسبه الجنسـية المصـرية، وإنما هي دليل ليســت له حجية قاطعة فيجوز إثبات ما يخالفها بأي طريق من الطرق التي تراها المحكمة المختصـة بالفصـل في النزاع، وأن المشـرع إنما قصـد أن يفرض على صـاحب الشـأن الالتجاء إلى وزارة الداخلية إذا هو أراد الحصـــول على دليل لإثبات الجنســـية ولم يســـتلزم لاختصـاص المحكمة الحصـول على شـهادة من وزارة الداخلية أو بتقديم طلب للحصـول عليها، وهي تقضي في دعوى الجنسية على أساس ما يقدم لها من أدلة كما تقضي بثبوتها لمن تتوافر فيه إحدى حالاتها التي نص عليها قانون الجنسـية، ولا يوجد في نصـوص القانون رقم ١٦٠ لسـنة ١٩٥٠ ما يمنع صاحب الشأن من اللجوء إلى القضاء مباشرة بطلب الاعتراف بالجنسية مجردة عن طلب إلغاء قرار وزير الداخلية برفض إعطاء الشهادة الدالة عليها خلال الميعاد المحدد لطلب الإلغاء أو بعد انقضـائه" (الطعن رقم ١٦٧ لسـنة ٣٧ق جلسـة ١٩٧٠/٥/٢٠)، وبأنه "لا يشـترط لثبوت الجنسـية المصـرية بالنسـبة للمتوطنين في القطر المصـري "قبل أول يناير سـنة ١٨٤٨ استمرار الإقامة حتى تاريخ نشر القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩، حيث لم ينص القانون على ذلك، ولأن اشتراط استمرار الإقامة فيه إلى تاريخ نشر هذا القانون بالنسبة لمن ورد ذكرهم في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه يجعل هذه الفقرة ناقلة يغنى عنها إعمال حكم الفقرة الثالثة منها كما أنه لا يتصور أن يكون المشرع قد قصد جعل المتوطنين الأصليين في مصر في مركز أسوأ من الرعايا العثمانيين من ناحية أحقية كل منهم في الدخول ي الجنسية المصرية فاستلزم في الأولين الإقامة بمصـر من قبل سـنة ١٨٤٨ إلى ١٠ مارس سـنة ١٩٢٩ بينما لم يشـترط في الآخرين إلا الإقامة من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ إلى ١٠ مارس سنة ١٩٢٩" (الطعن رقم ٨٦ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٤/٤/١)، وبأنه "مدة التوطن بمصـر قبل أول يناير سـنة ١٨٤٨ لا يشـترط توافرها كلها في الشخص نفسه وإنما يجوز أن تتسلسل من الآباء إلى الأبناء، وينبني على ذلك أنه متى كان عدم دخول الآباء في الجنسية المصرية يرجع لعدم توافر شرط امتداد الإقامة فيهم بسبب الوفاة وكانت إقامة الابن ممتدة إلى التاريخ الذي يستلزمه القانون لاعتباره مصرياً، فإن مدة توطن الابن تضم إلى مدة توطن أبيه وهو ما أكده المشرع بالنص في القانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦ على ضم مدة إقامة الآباء إلى مدة إقامة الأبناء" (الطعن رقم ٨٦ لسنة ٢٧ق جلسة١٩٦٤/٤/١) وبأنه "إذا كان

الحكم المطعون فيه قد أسس على قضاءه – برفض الدفع بعدم اختصاص دائرة الأحوال الشخصية للمصـــريين – على أن المدعيين يتمتعان بالجنســـية المصــــرية أخذاً بالقاعدة التي قررها قانون الجنسـية المصـري من أن من يولد لأب مصـري، يكون مصـرياً هو الآخر، دون نظر إلى مكان ولادته أو جنســـية الأم أو قيام الزوجية وقت الميلاد ولأنه لم يثبت كما قرر الحكم أنهما اكتســـبا الجنســية البريطانية، ولما كانت هذه الدعامة من الحكم ليســت محل نعي من الطاعنة، فإنه يكون صحيحاً إقامة الدعوى بثبوت وراثتها من والدها المصري الجنسية أمام دائرة الأحوال الشخصية للمصــريين" (الطعن رقم ٢١ لســنة ٣٩ق جلســة ١٩٧٤/١/٩)، وبأنه "الأحكام التي تصـدر في مســائل الجنســية تعتبر حجة على الكافة طبقاً لنص المادة ٣٣ من قانون الجنســية رقم ٨٢ لســنة ١٩٥٨" (الطعن رقم ٤٤ لسنة ٤٩ق – م نقض م – ٣٤ – ١٥٠٧)، وبأنه "مفاد نصوص قوانين الجنسية المتعاقبة حسبما يبين من نص المادة ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ والمادة ٢٤ من القانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦ من بعده ثم المادة ٢٨ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ وأخيراً المادة ٢١ من القانون رقم ٧٦ لســنة ١٩٧٥، أن الشــهادة الصـــادرة من وزير الداخلية بناء على طلب الجنســية إنما هي دليل فرضــه القانون على صــاحب الشــأن إذا أراد الحصـول على إثبات الجنســـية، له حجيته القانونية وتظل هذه الحجية قائمة حتى يقوم الدليل على إثبات ما يخالفها بأي طريق من الطرق" (الطعن رقم ١٩٤٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٧)

وقد صدر القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية ونصه كالآتي:

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

يسـتبدل بنص المادة (٢) من القانون رقم ٢٦ لسـنة ١٩٧٥ بشـأن الجنسـية المصـرية، النص الآتي:

مادة (٢) : "يكون مصرياً :

١- من ولد لأب مصري، أو لأم مصرية.

٢- من ولد في مصـــر من أبوين مجهولين. ويعتبر اللقيط في مصـــر مولوداً فيها ما لم يثبت العكس".

ويكون لمن تثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية إعمالاً لأحكام الفقرة السابقة، أن يعلن وزير الداخلية رغبته في التخلي عن الجنســـية المصـــرية، ويكون إعلان هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو متولي التربية في حالة عدم وجود أيهما.

وللقاصـر الذي زالت عنه الجنسـية المصـرية تطبيقاً لحكم الفقرة السـابقة، أن يعلن رغبته في استردادها خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد.

ويصـــدر بالإجراءات والمواعيد التي تتبع في تنفيذ أحكام الفقرتين الســـابقتين قرار من وزير الداخلية، ويكون البت في زوال الجنســـية المصـــرية بالتخلي أو ردها إعمالاً لهذه الأحكام، بقرار منه.

(المادة الثانية)

يلغى نص المادة (٣) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ المشار إليه.

(المادة الثالثة)

يكون لمن ولد لأم مصـــرية وأب غير مصـــري قبل تاريخ العمل بهذا القانون، أن يعلن وزير الداخلية برغبته في التمتع بالجنسية المصرية، ويعتبر مصرياً بصدور قرار بذلك من الوزير، أو بانقضاء مدة سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض.

ويترتب على التمتع بالجنســية المصــرية تطبيقاً لحكم الفقرة الســابقة تمتع الأولاد القصــر بهذه الجنسية، أما الأولاد البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية بإتباع ذات الإجراءات السابقة.

فإذا توفي من ولد لأم مصـــري وأب غير مصـــري قبل تاريخ العمل بهذا القانون. يكون لأولاده حق التمتع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين.

وفي جميع الأحوال، يكون إعلان الرغبة في التمتع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو متولي التربية في حالة عدم وجود أيهما.

(المادة الرابعة)

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره.

صـدر برئاسـة الجمهورية في ٢٦ جمادي الأولى سـنة ١٤٣٥هـــ (الموافق ١٤ يولية سـنة ٢٠٠٤م).   حسني مبارك

- اختصـاص قضـاء مجلس الدولـة بنظر منـازعـات الجنسـيـة : تختص محـاكم مجلس الدولـة بنظر دعاوى الجنسية ويكون الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري وإذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحكمة بدفع يثير نزاعاً تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى وجب على المحكمة إذا رأت ضـرورة الفصـل في الدفع قبل الحكم في موضـوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصـم الموجه

إليه الدفع ميعاداً يستصدر فيه حكماً نهائياً من الجهة المختصة فإن لم تر لزوماً لذلك أغفلت الدفع وحكمت في موضوع الدعوى. وإذا قصر الخصم في استصدار حكم نهائي في الدفع في المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى بحالتها.

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن تنظيم مجلس الدولة على أن "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: ..... سابعاً: دعاوى الجنسية "يدل على أن محاكم مجلس الدولة هي المختصة دون غيرها بالفصل في كافة منازعات الجنسية أياً كانت صورتها أي سواء كانت في صورة دعوى أصلية بالجنسية أو في صورة طعن في قرار إداري صادر في الجنسية، أم في صورة مسألة أولية في دعوى أصلية يتوقف الفصل فيها على الفصل في تلك المسألة ولو كانت الدعوى الأصلية قائمة أمام القضاء العادي في حدود اختصاصه وأثير النزاع في الجنسية. وكان الفصل فيها يتوقف عليه الفصل في الدعوى، إذ يتعين على المحكمة في هذه الحالة أن توقف الدعوى وتحدد للخصم ميعاداً ليستصدر فيه حكماً نهائياً من مجلس الدولة في مسألة الجنسية إلا أنه إذا رأت المحكمة أن وجه المسألة في الجنسية ظاهر بحيث لا يحتاج الأمر للفصل فيه بمعرفة مجلس الدولة أغفلت المسألة وحكمت في موضوع الدعوى على أساس ما يثبت لديها من وقائعها في شأن الجنسية وذلك عملاً بالمادة ١٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ٧٢ في شأن السلطة القضائية والمادة ١٢٩ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/٤/٢٧)، وبأنه "جرى قضاء محكمة النقض على أن القضاء هو المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن أحكام قانون الجنسية رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ الذي كان يتضمن بنص المادتين ٢٠، ٢١ أحكاماً مماثلة لنص المادتين ١٩، ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ وهو وضع لم يتغير بصدور هذا القانون الذي جاء خالياً من النص على تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكامه. يؤكد ذلك أن القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة لا يتضمن أي منهما النص صراحة على اختصاص مجلس الدولة بالفصل في دعاوى الجنسية حتى صدور القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الذي نص في المادة الثامنة منه على أن يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره بالفصل في دعاوى الجنسية وهو نص مستحدث، ولا يسرى على الدعاوى التي كانت منظورة أمام جهات قضائية أخرى وأصبحت بمقتضى أحكامه من اختصاص مجلس الدولة، وتظل أمام تلك الجهات حتى يتم الفصل فيها نهائياً عملاً بالمادة الثانية من قانون الإصدار" (الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٠)، وبأنه "النص في المادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن تنظيم مجلس الدولة على أنه "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية"... سابعاً: دعاوى الجنسية "يدل على أن محاكم

مجلس الدولة تختص دون غيرها بالفصل في كافة منازعات الجنسية أياً كانت صورتها أي سواء كانت في صورة دعوى أصلية بالجنسية أياً كانت صورتها أي سواء كانت في صورة دعوى أصلية بالجنسية، أم في صورة طعن في قرار إداري صادر في الجنسية، أم في صورة مسألة أولية في دعوى أصلية قائمة أمام القضاء العادي في حدود اختصاصه وأثير النزاع في الجنسية، وكان الفصل فيها يتوقف عليه الفصل في الدعوى، إذ يتعين على المحكمة في هذه الحالة أن توقف الدعوى وتحدد للخصم ميعاداً يستصدر فيه حكماً نهائياً من مجلس الدولة في مسألة الجنسية، وإذا قصر الخصم في استصدار حكم نهائي في هذه المسألة في المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى بحالتها، أما إذا رأت أن وجه المسألة في الجنسية ظاهر بحيث لا يحتاج الأمر للفصل فيه بمعرفة مجلس الدولة أغفلت المسألة وحكمت في موضوع الدعوى على أساس ما ثبت لديها من وقائعها في شأن الجنسية، وذلك عملاً بالمادة ١٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ في شأن السلطة القضائية والمادة ١٢٩ مرافعات" (الطعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٥/١٦)، وبأنه "المقرر أن الدفع بعدم الاختصاص الولائي يعتبر دائماً مطروحاً على محكمة الموضوع لتعلقه بالنظام العام ولو لم يدفع به أمامها، فلا يسقط الحق في إبدائه والتمسك به حتى ولو تنازل عنه الخصوم، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع، كما يجوز لمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها، لما كان ذلك وكان الفصل في جنسية الطاعن مسألة أولية تخرج عن نطاق الاختصاص الولائي للمحاكم، وتدخل في اختصاص مجلس الدولة وحده طبقاً للمادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وكان النزاع على جنسية الطاعن نزاعاً جدياً يتوقف على الفصل فيه الفصل في الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذ فصل في هذه المسألة يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، وخرج بقضائه عن الاختصاص الولائي للمحكمة، ولما كان هذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام فإن لمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها عملاً بالحق المخول لها في المادة ١/٢٥٤ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٥/١٦)

- إثبات الجنسية : تنص المادة ٢٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية على أن "يقع عبء إثبات الجنسية على من يتمسك بالجنسية المصرية أو يدفع بعدم دخوله فيها .

وقد قضت محكمة النقض بأن " تثبت الجنسية بالشهادات الرسمية التي تصدر من السلطة المحلية أو السلطات الأجنبية المختصة. وتعتبر ذلك دليلاً أولياً لإثبات الجنسية ما لم يظهر ما يناقضها إذ أنها تصدر من واقع سجلات ولا تعطى إلا بعد أن تكون السلطة التي أعطتها قد قامت بعمل التحريات اللازمة للتأكد من صحة ما جاء بها ولا يتعارض هذا مع نص المادة ٢٢ من

قانون الجنسـية ذلك أن المقصـود بهذه المادة هو وضـع قرينة تخفف على وزير الداخلية وبالتالي على القضاء مهمة الفصل في مسائل الجنسية ولكنها قرينة تقوم على الافتراض وتسقط متى ثبتت الجنسـية على وجه قانوني ظاهر. وإذن فمتى كان الحكم قد اسـتند في إثبات جنسـية أحد الرعايا اليونانيين قبل وفاته إلى شهادة صادرة من القنصلية اليونانية وإلى موافقة الحكومة المصرية على ما ورد فيها فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون مادام لم يقدم ما ينقض الدليل المســتمد من تلك الشـهادات ولم يثبت أن هذا الشـخص تخلى عن جنسـيته اليونانية قبل وفاته" (الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)، وبأنه "مفاد نص المادتين ١٩، ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ الخاص بالجنسية أن الشهادة الصادرة من وزير الداخلية لأحد الأشخاص بناء على طلب الجنسية ليس من شأنها أن تكسبه الجنسية المصرية، وإنما هي دليل ليست له حجية قاطعة يجوز إثبات ما يخالفها بأي طريق من الطرق التي تراها المحكمة المختصــة بالفصــل في النزاع، وأن المشــرع إنما قصــد أن يفرض على صــاحب الشــأن الالتجاء إلى وزارة الداخلية إذا هو أراد الحصول على دليل لإثبات الجنسية، ولم يستلزم لاختصاص المحكمة الحصول على شهادة من وزارة الداخلية أو بتقديم طلب للحصـول عليها، وهي تقضـي في دعوى الجنسـية على أسـاس ما يقدم لها من أدلة كما تقضي بثبوتها لمن تتوافر فيه إحدى حالاتها التي نص عليها قانون الجنسية، ولا يوجد في نصـوص القانون رقم ١٦٠ لسـنة ١٩٥٠ ما يمنع صــاحب الشــأن من اللجوء إلى القضــاء مباشـرة بطلب الاعتراف بالجنسـية مجردة عن طلب إلغاء قرار وزير الداخلية برفض إعطاء الشهادة الدالة عليها خلال الميعاد المحدد لطلب الإلغاء أو بعد انقضائه" (الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٠)

- وللمحكمة السلطة التقديرية في توافر إحدى حالات شروط الجنسية من عدمه دون أن تتقيد بشهادة وزارة الداخلية ، وقد قضت محكمة النقض بأن "الجنسية المصرية إنما تثبت بحكم القانون لمن تتوافر فيه إحدى الحالات التي نص عليها قانون الجنسية والمحكمة هي المختصة أخيراً بالفصــل في توافرها دون أن تتقيد بشــهادة وزارة الداخلية" (نقض ١٩٥٢/١٠/٢٨ – دائرة جنائية – م ق م – ٥- ١٢٩٥).

《 المــــادة ٣٤》

" تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه.

ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك" .

《 التعليـــق 》

هذا النص يقابل من نصــوص المواد العربية الســوداني م٤٢، العراقي م٣٨، الليبي م٣٤، السوري م٢٦.

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي بأن "ويعتبر قريباً للشخص من يجمعه به أصل مشــترك ذكراً كان أو أنثى. والقرابة إما مباشــرة أو قرابة حواشــي فتكون القرابة المباشــرة بين شخصين إذا تسلسل أحدهما من الآخر كما هو الأمر بين الأصول والفروع وقرابة الحواشي لا تسلسل فيها وإن كان يجمع الشخصين أصل مشترك..".

《 الشــــرح 》

- قرابة النسـب : وهي التي تضـم كل من يجمعهم أصـل مشـترك واحد، وقد تكون هذه القرابة مباشــرة أو قرابة حواشــي. والقرابة المباشــرة : أو كما يســميها البعض من الفقهاء بالقرابة الرئيسية أو العمودية هي الصلة التي تجمع بين الأصل والفرع. وفي القرابة المباشرة ينحدر الفرع من الأصـــل. ومثال ذلك الصـــلة بين الابن الأب أو بين الحفيد والجد. وقد تكون هذه القرابة صـــاعدة أو نازلة. وتكون صـــاعدة إذا كانت بين الابن وأبيه أو ابن الابن والجد وإن علا. وتكون نازلة حين تنزل من الأب إلى الابن أو من الجد إلى ابن الابن ، وللقرابة المباشرة درجات. ويراعى في حساب درجات القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصـــل بخروج هذا الأصـــل (المادة ٣٩ مدني). فإذا كان المراد معرفة درجة قرابة الابن لأبيه، فإنها تكون الدرجة الأولى. وإذا كان المراد هو معرفة درجة القرابة بين ابن ابن الابن والجد، حسبت كالآتي: ابن ابن الابن إلى أبيه درجة، وابن الابن إلى أبيه درجة، وأخيراً الابن إلى أبيه (الجد) درجة، فتكون درجة قرابة ابن ابن الابن إلى جده هي الثالثة ، وأما عن قرابة الحواشي فهي الرابطة التي تجمع بين أشخاص متحدين في الأصل المشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر (المادة ٢/٣٠ مصــــري). فالذي يميز إذن القرابة المباشــــرة عن قرابة الحواشي هو أن ذوي القربى في الأولى ينحدر أحدهم من الآخر، في حين أن ذلك غير متوفر في الثانية. غاية ما في الأمر هو وجود أصـل مشـترك بينهم ، وتفرض قرابة الحواشــي على الأقل خطين يتلاقيان في أصـــل مشـــترك واحد. ويمكن التمثيل لها بزاوية يوجد القريبان في أسفل ضلعيها ويوجد الأصل المشترك في رأسها. ويمكن بيان هذه القرابة في الشكل الآتي : فالإخوان (ب) و (جــــ) لا ينحدر أحدهما من الآخر، بل يجمعهما فقط أصل واحد مشترك. فالقرابة بينهما قرابة حواشــي لا قرابة مباشــرة. والقرابة الموجودة أيضــاً بين (د) و (هـــــ) حواشــي لا مباشــرة ، وتحسـب القرابة بين من يجمعهم أصـل مشـترك واحد دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر على النحو التالي : تجمع عدد الدرجات التي تتوســط بين المراد معرفة

درجة قرابته بالآخر صعوداً إلى الأصل المشترك. ثم بعد ذلك نزولاً من الأصل المشترك إلى القريب الآخر، مع عدم حساب الأصل المشترك. فالقرابة الموجودة بين (ب) و (جـــ) وهما أخوان تكون في الدرجة الثانية، إذ أنها تحسب صعوداً من (ب) إلى ( ) درجة، ثم نزولاً من أ إلى جــ درجة أخرى. وبين أبناء العمومة (د) و(هــ) تكون القرابة من الدرجة الرابعة. وبين أبناء أبناء العمومة تكون القرابة من الدرجة السادسة... الخ ، وكما تكون قرابة الحواشي من جهتين (الأخوة الأشــقاء) فإنها يمكن أيضــاً أن تكون من جهة واحدة إذا اشــترك الفروع في الأب فقط (الأخوة غير الأشــقاء) وتبدو أهمية القرابة من جهتين أو من جهة واحدة في تحديد الأنصــبة في الميراث. (عبد الحي الحجازي – المدخل لدراســة العلوم القانونية الجزء الثاني سنة ١٩٧٠ بند ٥٠١ وما بعدها – عمران – المرجع السابق)

وقد قضــت محكمة النقض بأن "إذ كان الواقع في الدعوى أن الطاعنة أقامت دعواها اســتناداً إلى أنها ابنة المستأجر الأصلي المرحوم (......) من زوجته المرحومة (......) عن طريق الإقرار بالنسب ولم تقدم للمحكمة هذا الإقرار بل ركنت في إثبات نسبها إلى إقرار غير مؤرخ صادر من الســيدتين (......، ......) تقران فيه أنها ابنة شــقيقهم (......) بالتبني وكان الثابت من تحقيق الوفاة والوراثة رقم ٢٧٦ لســنة ١٩٧٣ عابدين – وهو حجة في هذا الخصــوص ما لم يصــدر حكم على خلافه – أن المرحوم (......) قد توفي بتاريخ (......) وانحصــر إرثه الشــرعي في زوجته الســيدة (......) وفي شــقيقتيه وولدي عم شــقيق ولم يرد به اسـم الطاعن ضــمن ورثته، كما أن الثابت من عقد زواج الطاعنة أن اســـمها (......) ابنة (......) ومن ثم فإنها تكون منســـوبة لغير المســـتأجر الأصلي أو زوجته ولم تنصرف أقوال شاهدي الطاعنة إلى أنها ابنة المستأجر الأصلي أو زوجته إنما انصـــرفت إلى أنهما قاما بتربيتها بطريق التبني وإذ كان ذلك فإن الدعوى بحســـب الواقع المطروح فيها ليست من دعاوى النسب التي يرتب عليها القانون أثراً ويتعين تمثيل النيابة العامة فيها إنما تتعلق بواقعة التبني وتعد حراماً وباطلاً في الشريعة الإسلامية ولا يترتب عليها أي حكم من الأحكام الشــرعية ويكون النعي على الحكم بالبطلان لعدم تمثل النيابة العامة في الدعوى على غير أســاس" (الطعن رقم ٧٥٣ لســنة ٥٨ق جلســة ١٩٩٢/١١/٥)، وبأنه "إذ نص المشــرع في المادة ١٢ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤بفرض رسم أيلولة على التركات، على أن تعفى من الرسم الدار المخصصة لسكنى أسرة المتوفى والمفروشات المخصصة لاستعمالها، إلا أنه لم يحدد المقصـــود بالأســـرة في تطبيق الحكم المذكور، فيتعين الرجوع بذلك إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني، وقد جرى الفقه في ظل التقنين المدني القديم على أن أســرة الشــخص تشمل ذوي قرباه بصفة عامة الذين يجمعهم معه أصل مشترك سواء كانت قرابتهم مباشرة، وهي الصلة ما بين الأصول والفروع، أو قرابة حواشي وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل

مشترك، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر. وهو ما نص عليه المشرع في المادتين ٣٤، ٣٥ من التقنين المدني الحالي. والقول بغير ذلك وقصر أفراد أسرة المتوفى على ذوي قرباه وهم أصوله وفروعه ممن كان يعولهم، هو تخصيص لنص المادة ١٢ سالفة الذكر بغير مخصص وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن المطعون عليهم وهم أبناء أخ المتوفى وأبناء أخته المتوفاة، يعتبرون من أسرته، وأعفى من الرسم الدار موضوع النزاع المخصصة لسكناهم والمفروشات الموجودة المخصصة لاستعمالهم، فإنه لا يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٣/٤/١١)، وبأنه "القرابة وعلى ما أوردته نصوص المواد ٣٤ حتى ٣٧ من التقنين المدني إما أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة ويخرج موضوع النزاع الماثل عن قرابة النسب إنما يتعلق بقرابة المصاهرة وقد عبرت عنها المادة ٣٧ من التقنين المدني فنصت على أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وهذا النوع من القرابة لا يوجد أي صلة بين أقارب الزوج وأقارب زوجته وقرابة المصاهرة تنشأ أصلاً من تصرف قانوني لا يكون الغرض منه إنشاء القرابة ذاتها وإنما تنشأ نتيجة لوجود التصرف القانوني كالزواج الذي يوجد صلة بين أسرة كل من الزوجين، أما صلة الزوج بزوجته فهي مترتبة على رابطة الزواج لا على رابطة المصاهرة ولقرابة المصاهرة أهمية في تحديد حقوق الشخص وواجباته قبل أعضاء أسرته أو في معرفة المحرمات من النساء وقد رتب القانون آثاراً قانونية مختلفة على درجة القرابة ففيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي قد قصره المشرع في ٢/٢٢٢ من التقنين المدني على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية. وفيما يتعلق بالزواج فقد حرم المشرع على الرجل أن يتزوج من بعض أصهاره تحريماً مؤبداً مثل أصول زوجته أي أمها وأم أمها وأم أبيها وإن علوان وسواء دخل بزوجته أو لم يدخل بها وكذلك فروع زوجته التي دخل بها أي بناتها وإن نزلن فقد حرم المشرع بنت الزوجة بشرط الدخول بأمها كذلك حرم المشرع على الرجل زواجه من زوجة أبيه أو جده أو زوجة الفرع أي زوجة ابنه أو ابن الابن وإن نزلن وبجوار تلك القرابة التي حرمها الشرع تحريماً مؤبداً في الزواج هناك المحرمات مؤقتاً وهي التي تحل في حالة معينة وتستمر حرمتها وقتاً معيناً فترة بقائها على هذا الحال فهي حرمة مؤقتة فإذا زالت صح أن تتزوج المرأة من الرجل الذي كان حراماً عليها مثال ذلك أخت الزوجة فهي تعتبر في حكم أخت الزوج وبنت أخت الزوجة فهي تعتبر في حكم بنت أخت الزوج وهما محرمتان على الزوج بحكم قرابة المصاهرة التي ينشأ عنها التحريم المؤقت فإذا توفيت الزوجة أو طلقها زوجها وانتهت عدتها جاز له شرعاً أن يتزوج من أخت الزوجة أو بنت أختها لزوال المانع وارتفاع سبب التحريم المؤقت إذ لا يوجد حينئذٍ جمع بين محرمين في عصمته ومفاد ذلك أن قرابة المصاهرة في تلك الحالة تزول حتماً بوفاة الزوجة أو طلاقها إذ لا يستساغ

القول بأن الزوج يصـح زواجه من أخته أو بنت أخته حكماً وهذه النتيجة تختلف في حالة التحريم المؤبد فلا أثر للوفاة أو الطلاق على قرابة المصـــاهرة في تلك الحالة مما مؤداه أن درجة القرابة في تلك الأحوال لها معنى مغاير عن غيرها وفق ما رتبه الشـــارع من أحكام" (الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "التبني يقصد به استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأن يتخذه ولداً مع أنه ليس بولد حقيقي فلا يثبت به أبوة ولا بنوة ولا يترتب عليه أي حق من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء ويعد حراماً وباطلاً في الشـريعة الإسـلامية ولا يترتب عليه أي حكم من الأحكام الشـرعية الثابتة إذ أن الإسـلام قضـى على الإدعاء والتبني الذي عرفته الجاهلية فقال الله في كتابه العزيز في ســورة الأحزاب (وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السـبيل) وأمر سـبحانه وتعالى بنسـبة الأبناء إلى آبائهم إن عرفوا فإن لم يعرف لواحد منهم أب دعي أخاً في الدين أو مولى إذ قال ســبحانه وتعالى (ادعهم لآبائهم هو أقســط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)" (الطعن رقم ٧٥٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١١/٥)، وبأنه "مفاد المواد من ٣٤ حتى ٣٧ من التقنين المدني مترابطة أنه يقصـد بالقرابة تحديد الشـخص في أسـرة معينة باعتباره عضـواً فيها تربطه بباقي أعضـائها قرابة نسـب أو قرابة أصـهار، بمعنى أن الأسـرة تضـم ذوي القربى، وقد يكون منشـأ القرابة الزوجية أو الاجتماع في أصل مشترك ودم واحد وهي قرابة النسب سواء كانت قرابة الولادة أو قرابـة الحواشـــي، وقـد يكون مرجعهـا العلاقـة بين الزوج وأقـارب الزوج الآخر وهي قرابـة المصـــاهرة، فإذا تحددت قرابة شـخص من آخر ودرجة هذه القرابة فإن هذا الشـخص يعتبر في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى زوج الشخص الآخر وهو ما جلته المذكرة الإيضـاحية للقانون المدني تعليقاً على المادة ٣٧ من أن القرابة – بما في ذلك المصـــاهرة – إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج" (الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)، وبأنه "يشترط للأفراد بالبنوة أن يكون المقر له مجهول النسب فإن كان نسبه ثابتاً من أب معروف لا يثبت نسبه لآخر، وأن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر وأن يصدقه المقر له في إقراره إن كان مميزاً وألا يقول المقر أن الولد ابنه من الزنا" (الطعن رقم ٧٥٣ لسـنة ٥٨ق – م نقض م – ٤٣ – ١١٢٥)، وبأنه "النســب يثبت بالإقرار وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسـمع، فالإقرار بأصـل النسـب يثبت من غير حاجة إلى بيان سـبب النسب من زواج أو اتصال بشبهة لأن الإنسان له ولاية على نفسه وليس في إقراره تحميل النسب على الغير ومن ثم يثبت النسـب بالإقرار متى توافرت الشــروط المعتبرة لصـحته، وهو مقرر شرعاً لصالح مجهول النسب أو اللقيط ومصلحة أي منهما محققة في ثبوت نسبه فيقبل الإقرار به

بغير حاجة إلى بينة عليه" (الطعن رقم ٧٥٣ لسنة ٥٨ق – م نقض م – ٤٣ – ١١٢٥)، وبأنه "الدعوى بما يتفرع على أصل النسب أي فيها تحميل النسب على الغير لا تسمع إلا إذا كانت ضمن حق آخر كأن يقر أن فلاناً أخوه أو عمه فيشترط لإثبات النسب من المقر عليه تحقق أحد أمرين البينة أو تصديق المقر عليه" (الطعن رقم ٧٥٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١١/٥)

《 المـــادة ٣٥ 》

" القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر ".

《 التعليـــق 》

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوداني م٤٣، السوري م٣٧، الليبي م٣٥، العراقي م١/٣٩.

《 الشـــرح 》

حالة الشخص العائلية تعتبر من أهم مميزات شخصيته – والمقصود بالحالة العائلية هو تحديد مركز الشخص من حيث انتمائه إلى أسرة معينة. وينتج بطبيعة الحال من هذا الانتماء قرابة. وهذه القرابة قد تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد المواد من ٣٤ حتى ٣٧ من التقنين المدني مترابطة، أنه يقصد بالقرابة تحديد مركز الشخص في أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها قرابة نسب أو قرابة إصهار، بمعنى أن الأسرة تنتظم ذوي القربى، وقد يكون منشأ القرابة الزوجية أو الاجتماع في أصل مشترك ودم واحد وهي قرابة النسب سواء كانت قرابة الولاد أو قرابة الحواش، وقد يكون مرجعها العلاقة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر وهي قرابة المصاهرة، فإذا تحددت قرابة شخص من آخر ودرجة هذه القرابة، فإن هذا الشخص يعتبر في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى زوج الشخص الآخر، وهو ما جلته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على المادة ٣٧ من أن القرابة – بما في ذلك المصاهرة – إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج. (الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠) وأنظر التعليق والشرح على المادة ٣٤ .

《 المـــادة ٣٦ 》

" يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة ".

《 التعليـــق 》

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية السوداني م٤٤، السوري م٣٨، العراقي م٢/٣٩، الليبي م٣٦.

《 الشـــرح 》

- احتســـاب درجة القرابة : الأب والأم في الدرجة الأولى وكذلك الابن والبنت. وأبو الأب وأم الأب وأبو الأم وأم الأم في الدرجة الثانية وكذلك ابن الابن وبنت الابن وابن البنت وبنت البنت وهكذا – أما درجة الحواشي بين شخصين فتتحدد بعدد الفروع التي تصل كل شخص بالأصل المشترك مع حسبان كل شخص منهم فرعاً وعدم حساب الأصل المشترك فالأخ في الدرجة الثانية وابن الأخ في الدرجة الثالثة وكذلك العم أما ابن العم ففي الدرجة الرابعة .

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادتين ٣٥، ٣٦ من القانون المدني يدل وعلى ما جاء بالأعمال التحضـــيرية أن قرابة ابنة الخال هي قرابة من الدرجة الرابعة باحتســـاب درجتين صعوداً إلى الأصل المشترك ودرجتين نزولاً منه إلى القريب. (الطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٥٤ق)، وبأنه "لما كان مؤدى نص المادتين ٣٥، ٣٦ من القانون المدني- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – أن قرابة ابن الأخ وهي من قرابة الحواشي التي تربط بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر تعتبر من الدرجة الثالثة باحتساب درجتين صعوداً إلى الأصل المشترك ودرجة نزولاً منه إلى الفرع الآخر مع عدم حساب الأصل المشترك" (الطعن رقم ٧٥٩٠ لســنة ٦٤ق جلســة ١٩٩٥/١٢/٢١)وبأنه النص في المادتين ٣٥، ٣٦ من القانون المدني يدل – وعلى ما جاء بالأعمال التحضـــيرية – أن قرابة ابنة الخال هي قرابة من الدرجة الرابعة باحتساب درجتين صعوداً إلى الأصل المشترك ودرجتين نزولاً منه إلى القريب" (الطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٢/٥)، وبأنه "قانون الشفعة حين قال في المادة الثالثة منه أن لا شـــفعة (فيما بيع من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة) لم يبين القاعدة في احتســـاب درجات القرابة. ثم أن الشـــريعة الإســـلامية، باعتبارها هي الأصـــل في نظام الشـــفعة، لا يجدي الرجوع إليها في هذا الصـــدد وذلك، أولاً: لأن المادة المذكورة لم تنقل عن الشـــريعة الإســـلامية. وثانياً: لأن الشـريعة الإسـلامية وإن كانت قد تعرضـت لدرجات القرابة وقال فقهاؤها أن الدرجة هي البطن، فإنها لم تتعرض لكيفية احتســـاب الدرجات إذ هي لم ترتب أحكاماً على تعددها. كذلك لم يأت الشـارع في النصـوص الأخرى التي أشـار فيها إلى درجة القرابة بقاعدة لاحتسـابها، فيما عدا نصـــاً واحداً في قانون المرافعات في المادة ٢٤٠ التي أشـير فيها إلى هذه القاعدة بصـــدد رد أهل الخبرة إذ جاء بها بعد ذكر أنه يجوز رد أهل الخبرة إذا كان قريباً من الحواشـــي إلى الدرجة الرابعة : (ويكون احتسـاب الدرجات على حسـب طبقات الأصـول طبقة فطبقة إلى الجد الأصـلي

بدون دخول الغاية وعلى حسب طبقات الفروع طبقة فطبقة لغاية الدرجة الرابعة المذكورة بدخول الغاية) وهذا النص وإن كان قد ورد في صدد معين فإن الطريقة التي أوردها في احتساب درجة القرابة هي الطريقة الواجب إتباعها في سائر الأحوال، لا لأن النص ورد بها فحسب بل لأنها هي الطريقة التي تتفق والقواعد الحسابية في عدد الدرجات، واحتساب الدرجات بمقتضى هذا النص يكون على أساس أن كل شخص يعتبر طبقة والأصل المشترك (الجد) طبقة إلا أنها لا تحتسب، ثم العم طبقة وابنه طبقة. فهذه طبقات ربع. ويظهر أن هذه الطريقة في احتساب الدرجات قد نقلت عن المادة ٧٣٨ من القانون المدني الفرنسي التي جاء في الفقرة الأولى منها ما ترجمته (يكون احتساب الدرجات بالنسبة إلى الأقارب من الحواشي على حسب الطبقات من القريب المراد احتساب درجته إلى الأصل المشترك من غير أن يدخل هذا في العدد ثم منه إلى القريب الآخر) ، وجاء في فقرتها الثانية تطبيقات للقاعدة فقالت: أن أولاد العم الأشقاء هم في الدرجة الرابعة. والواقع أن درجة القرابة ما هي في حقيقة أمرها إلا مسافة بين الشخص وأصله أو فرعه، فيجب بالنسبة إلى الحواشي أن تعد المسافات التي تفصل بين الشخص المطلوب معرفة درجة قرابته والأصل المشترك، ثم تضاف إليها المسافات التي بين هذا الأصل والقريب الآخر، ومجموع هذه المسافات يكون درجة القرابة وعلى ذلك فإن العم أو العمة يكون في الدرجة الرابعة لأن بينه وبين أبيه مسافة – وبين هذا وأبيه وهو الأصل المشترك – مسافة، ومن هذا لابنه مسافة، ومنه لابنه مسافة، مجموع هذه المسافات أربع، وهذا هو حاصل القاعدة التي أوردها الشارع في المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات فالحكم الذي يعتبر ابن العمة في الدرجة الرابعة وعلى هذا الأساس أجاز الشفعة فيما اشتراه من أبناء خاله يكون قد أصاب. (الطعن رقم ٢٧ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣)

﴿ المادة ٣٧ ﴾

"أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر".

﴿ التعليق ﴾

هذا النص يقابل من نصوص المواد العربية الليبي م٣٧، السوري م٣٩، السوداني م٤٥، العراقي م٣/٣٩.

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي بأن "ويتبين من ذلك أن القرابة (بما في ذلك المصاهرة) إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج".

﴿ الشرح ﴾

- قرابة المصاهرة : يترتب على علاقة المصاهرة نوعين من القرابة: الأولى: بين الزوج وزوجته وتسمى بقرابة الزواج. ولا يمكن اعتبارها قرابة نسب مباشرة أو قرابة حواشي إذ قد

لا يجمع بين الزوجين أصل واحد مشترك. ومع ذلك فالصلة التي بين الزوج وزوجه أوثق من صلة القرابة أو على الأقل يجب أن تكون كذلك، الثانية: وتنشأ بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر. فلا قرابة مصاهرة بين أحد الزوجين وأصهار الزوج الآخر، فلو تزوجت امرأتان أخوين لا يعتبران قريبتين بالمصاهرة. ولا قرابة مصاهرة بين أقارب الزوجين وأقارب الزوجين يعتبرون في نفس درجة القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر، فوالد الزوج يعتبر بالنسبة للزوج قريباً من الدرجة الثانية.

- أهمية القرابة وآثارها: تبدو أهمية القرابة في تحديد مركز الشخص القانوني في مواجهة أسرته فإذا كان أباً وجب عليه الإنفاق على أبنائه، وإذا كان ابناً وجبت عليه الطاعة وإذا كان زوجاً وجب عليه الإنفاق على زوجته ووجب على الزوجة طاعته. وتتحدد هذه الحقوق والواجبات تبعاً لحالة الشخص العائلية ومركزه في مواجهة أسرته. ولا تقتصر أهمية الحالة العائلية على ذلك فقط، بل أن لتحديد درجة القرابة أهمية كبيرة في القانون. فكثيراً ما يعتد القانون بدرجة القرابة ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة ٩٣٩ مدني من منع الأخذ بالشفعة إذا كان البيع قد تم بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار إلى الدرجة الثانية. ومن أمثلة ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ١٤٦ من قانون المرافعات الجديد – وهذه المادة واردة في الباب الثامن وهو الخاص بعدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيتهم – من أنه يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى وممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة. ومن أهم الآثار التي تترتب على القرابة بالنسبة للزواج ما يتعلق بالمحرمات من النساء بسبب القرابة سواء أكانت هذه القرابة قرابة نسب أو قرابة مصاهرة. (عمران –مرجع سابق- السنهوري – مرجع سابق- مرقص – مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد المواد من ٣٤ حتى ٣٧ من التقنين المدني مترابطة أنه يقصد بالقرابة تحديد مركز الشخص في أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها قرابة نسب أو قرابة أصهار، بمعنى أن الأسرة تنتظم ذوي القربى، وقد يكون منشأ القرابة الزوجية أو الاجتماع في أصل مشترك ودم واحد وهي قرابة المصاهرة، فإذا تحددت قرابة شخص من آخر ودرجة هذه القرابة فإن هذا الشخص يعتبر في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى زوج الشخص الآخر وهو ما جلته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على المادة ٣٧ من أن "القرابة – بما في ذلك المصاهرة – إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج" (الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)، وبأنه "القرابة وعلى ما أوردته نصوص المواد من ٣٤ حتى ٣٧ من التقنين المدني إما أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة

ويخرج موضـوع النزاع الماثل عن قرابة النسـب إنما يتعلق بقرابة المصـاهرة وقد عبرت عنها المـادة ٣٧ من التقنين المـدني بنص على أن أقـارب أحـد الزوجين يعتبرون في نفس القرابـة والدرجة بالنســبة إلى الزوج الآخر وهذا النوع من القرابة لا يوجد أي صـــلة بين أقارب الزوج وأقارب زوجته وقرابة المصـاهرة تنشـأ أصـلاً من تصـرف قانوني لا يكون الغرض منه إنشـاء القرابة ذاتها وإنما تنشأ نتيجة لوجود التصـرف القانوني كالزواج الذي يوجد صـلة بين أسـرة كل من الزوجين، أما صلة الزوج بزوجته فهي مترتبة على رابطة الزواج لا على رابطة المصاهرة ولقرابة المصـاهرة أهمية في تحديد حقوق الشـخص وواجباته قبل أعضـاء أسـرته أو في معرفة المحرمات من النســاء وقد رتب القانون آثاراً قانونية مختلفة على درجة القرابة ففيما يتعلق بالتعويض عن الضـــرر الأدبي قد قصـــره المشـــرع في المادة ٢/٢٢٢ من التقنين المدني على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، وفيما يتعلق بالزواج فقد حرم الشرع على الرجل أن يتزوج من بعض أصهاره تحريماً مؤبداً مثل أصول زوجته أي أمها وأم أمها وأم أبيها وإن علوان وسواء دخل بزوجته أو لم يدخل بها وكذلك فروع زوجته التي دخل بها أي بناتها وإن نزلن فقد حرم المشرع بنت الزوجة بشرط الدخول بأمها كذلك حرم المشرع على الرجل زواجه من زوجة أبيه أو جده أو زوجة الفرع أي زوجة ابنه أو ابن الابن وإن نزلن وبجوار تلك القرابة التي حرمها الشــرع تحريماً مؤبداً في الزواج هناك المحرمات مؤقتاً وهي التي تحل في حالة معينة وتســتمر حرمتها وقتاً معيناً فترة بقائها على هذا الحال فهي حرمة مؤقتة فإذا زالت صــح أن تتزوج المرأة من الرجل الذي كان حراماً عليها مثال ذلك أخت الزوجة فهي تعتبر في حكم أخت الزوج وبنت أخـت الزوجـة فهي تعتبر في حكم بنـت أخـت الزوج وهمـا محرمتـان على الزوج بحكم قرابـة المصـــاهرة التي ينشــأ عنها التحريم المؤقت فإذا توفيت الزوجة أو طلقها زوجها وانتهت عدتها جاز له شـــرعاً أن يتزوج من أخت الزوجة أو بنت أختها لزوال المانع وارتفاع ســـبب التحريم المؤقت إذ لا يوجد حينئذٍ جمع بين محرمين في عصـمته ومفاد ذلك أن قرابة المصـاهرة في تلك الحالة تزول حتماً بوفاة الزوجة أو طلاقها إذ لا يستساغ القول بأن الزوج يصح زواجه من أخته أو بنت أخته حكماً وهذه النتيجة تختلف في حالة التحريم المؤبد فلا أثر للوفاة أو الطلاق على قرابة المصـــاهرة في تلك الحالة مما مؤداه أن درجة القرابة في تلك الأحوال لها معنى مغاير عن غيرها وفق ما رتبه الشــارع من أحكام" (الطعن رقم ٢١٩ لسـنة ٦١ق جلســة ١٩٩٥/١/٢٦)، وبأنه "إذا كان الواقع في الدعوى أن المطعون ضـدها هي ابنة شـقيقة زوجة المستأجر الأصـلي والثابت من أقوال شــاهديها بأن خالتها – زوجة المســتأجر – توفيت قبل زوجها ومن ثم ارتفع الحظر عنها وصـــارت أجنبية عن الزوج المســتأجر لزوال المانع وارتفاع ســبب التحريم بوفاة خالتها – زوجة المسـتأجر – وأصـبحت حلالاً له، فا محل بعد ذلك للقول بأن المطعون ضــدها

تعتبر في ذات الوقت بنت أخت المستأجر بعد زوال قرابة المصاهرة بزوال السبب في إنشائها بوفاة الزوجة أو طلاقها وعلى ذلك فشرط القرابة المطلوب لتطبيق حكم المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أصبح غير متوافر إذ المقصود بالأقارب في حكم هذا النص القانوني هم الأقارب الذين ينسبون إلى الشخص بالزواج الصحيح القائم وقت الاستفادة من أحكام الامتداد القانوني فإذا انفصمت العلاقة الزوجية بالطلاق أو انتهت بالوفاة فلا يستفيد من الامتداد القانوني إلا المحرمات على سبيل التأبيد متى توافرت لهم الإقامة المستقرة لمدة سنة سابقة على وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة ولا يتسع هذا النص ليشمل الأقارب بالمصاهرة التي تزول قرابتهم بزوال سببها ذلك أن القرابة في تلك الحالة قرابة اعتبارية محدودة الأثر وموقوتة بقيام سبب إنشائها فلا يثبت بها إرث ولا تقوم بها نفقة أقارب أو حضانة للصغير ولا يترتب عليها بعد زوالها أي تحريم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضدها بأحقيتها في استمرار عقد إيجار شقة النزاع لصالحها باعتبارها من أقارب المستأجر بطريق المصاهرة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٦)

《 المـــادة ٣٨》

" يكون لكل شخص اسم، ولقب الشخص يلحق أولاده ".

《 التعليـــق 》

هذا النص يقابل من نصـــوص المواد العربية الســـوري م٤٠، الســـوداني م٤٠، الليبي م ٣٨، العراقي م١/٤٠.

《 الشـــرح 》

- اسم الشخص ولقبه : لا شك أن الاسم من مميزات الشخصية، فهو الذي يميز كل شخص عن غيره من باقي أفراد الجماعة. وهو باعتباره كذلك يعتبر ضـــرورة تفرضـــها الجماعة رغبة منها في تنظيم العلاقات التي تنشأ بين كل فرد من أفرادها وغيره. ولا يعقل أن يكون الشخص بلا اسم لما في ذلك من خلط بينه وبين باقي أشخاص الجماعة. وللاسم معنى ضيق يقصد به اسم الشخص بمفرده، واللقب هو الذي يفيد في تمييز الشخص وتحديد انتمائه إلى أسرة معينة. ويكتسب اللقب بالنسب، فالابن يحمل اسم أبيه ولقب أسرته. وتنص المادة ٣٨ مدني على أنه "يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده" فالنسب هو الطريقة الوحيدة التي يكتســب بها اللقب في القانون المصـــري. فالتبني نظام غير جائز في القانون المصـــري ولا يمكن أن يترتب عليه أن يكتســـب المتبنى لقب الأب المتبنى. ولقد كان المشـــروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي ينص على أن لقب الشـخص يلحق زوجته – هذا هو النظام المعمول به في فرنســـا- ولكن هذا النص حذف ولم يظهر في التقنين باعتباره أنه فرنســـي لم يتعوده المصريين. (مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ١ ص٣٢٨ وما بعدها)
- طرق حماية الاسم : الاسم حقاً شخصياً، فلصاحبه اتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بحمايته فقد ينتحله الغير، بأن يغتصـب ذات الاسـم واللقب، وحينئذٍ يحق لصــاحبه أن يطلب إلى القضــاء وقف هذا الاعتداء بمنع المغتصـب من التسـمي بهذا الاسـم ومحو اللافتات أو المكاتبات التي تتضـمنه، كما يجوز لصــاحبه النشـر عن ذلك بوسـائل الإعلام حتى قبل اسـتصـدار حكم من القضــاء، ويفصــل القضــاء في المنازعة المتعلقة بذلك. وإن أدى الاغتصــاب إلى الأضــرار المادي أو الأدبي يصاحب الاسم كان له المطالبة بالتعويض، وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة ٥١. ولا يعد اغتصاباً استعمال الشخص لاسمه أو للقبه متى كان هذا الاسم أو اللقب مطابقاً لاسـم أو لقب غيره، ولا يعد ذلك تعسـفاً في اسـتعمال الحق. (أنور طلبة – المطول – مرجع سابق)
- الاســم المنتحل ، فقد قضــت محكمة النقض بأن "وإن كان من المقرر أن محضــر البوليس يصلح لأن يحتج به ضد صاحب الاسم المنتحل فيه، إلا أن مجرد تغيير المتهم لاسمه في هذا

المحضر لا يعد وحده تزويراً سواء وقع على المحضر بالاسم المنتحل أو لم يوقع إلا أن يكون قد انتحل اسـم شـخص معروف لديه، لحقه أو يحتمل أن يلحق به ضـرر من جراء انتحال اسـمه، فإذا كان الجاني لم يقصـد انتحال اسـم شـخص معين معروف لديه بل قصـد مجرد التسـمي باسـم شـخص وهمي امتنع القول بأنه كان يعلم أن عمله من شـأنه أن يلحق ضـرراً بالغير، مادام لا وجود لهذا الغير في اعتقاده، ذلك بأنه يجب لتوافر القصد الجنائي في جريمة التزوير أن ينصـب على كافة أركان الجريمة ومنها الضـرر حالاً أو محتملاً" (نقض جنائي ١٩٦٢/٥/٢٢ س١٣ ص٤٨٩ و ١٩٧٩/٤/٢٦ طعن ١١ س٤٩)

- اسم الشهرة والاسم المستعار : الاسم يعتبر مميز من مميزات الشخصية. وإلى جانب الاسم واللقب اللذين تحدث عنهما القانون المدني يوجد ما يسـمى باسـم الشـهرة والاسـم المسـتعار. واسـم الشـهرة هو ما يطلقه الجمهور على شـخص يشـتهر به بين الناس، ويختلف هذا الاسـم بطبيعة الحال عن اسم الشخص الحقيقي. والاسم المستعار هو ما يطلقه الشخص على نفسه رغبة منه في إخفاء شـخصـيته. وعادة ما يتخذ رجال المقاومة لهم أسـماء مسـتعارة حتى لا يسهل التعرف عليهم. ويختلف اسم الشهرة عن الاسم المستعار في أن الأول يطلقه الجمهور على الشخص فيشتهر به بين الناس، حين أن الثاني يطلقه الشخص على نفسه. واسم الشهرة والاسم المستعار شأنهما في هذا شأن الاسم الحقيقي كلاهما جدير بالحماية. وفقاً لما أسلفنا بيانه. (حسام الأهواني – نظرية الحق – ص٩٣)

وقد قضـت محكمة النقض بأن "لكل شـخص أن يتخذ لنفسـه اسـماً غير اسـمه المعروف به، ويذيعه في الناس بالطريقة التي يراها كفيلة بذلك مادام هذا الاسـم لم يجعله مسـئولاً قبل من يعترض بحق على انتحال اسـمه، فمجرد طلب تغيير الاسـم لا يصـح رفع دعوى به إلى المحاكم الأهلية، ولكن إذا رفع شـخص على وزارة الصـحة دعوى طلب فيها إضـافة اسـم إلى اسـمه الشخصي لكي يعرف باسمه مضافاً إليه الاسم الجديد بدلاً من اسمه مع أبيه وجده وإجراء التغيير المطلوب في دفاتر المواليد، واعترضـت وزارة الصـحة على جواز الإضـافة في ذاتها، فإنها باعتراضـها هذا تكون قد أثارت بلا حق نزاعاً في طلب لا شـأن لها به، ويجوز للمحكمة إذن أن تقضي للطالب في دعواه بأحقيته في طلب تغيير الاسم، أما عن إلزام الوزارة بإثبات الاسم الجديد في دفاترها، فمحله أن تكون الوزارة قد رفضت إثبات التغيير تعنتاً منها، وهذا لا ينكشف إلا بعد أن يكون المدعي قد أشهد أمام المحكمة الشرعية – وفقاً لما جرى به العرف – على التغيير وأعلن ذلك في محل توطنه ومحل ميلاده، ومضـى من الوقت ما يتسـع للاعتراض من كل من يهمه التغيير، فإذا كان الخلف على إثبات التغيير قد حصل مع كل ذلك، فإنه عندئذٍ يكون هناك مقتضى للفصل فيه" (نقض ١٩٣٨/٢/٢٤ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢١٧)

- الاسم التجاري : الاسم التجاري على خلاف الاسم الحقيقي أو سم الشهرة أو الاسم المستعار لا يعتبر من مميزات الشخصية. والاسم التجاري هو ما يستخدمه التاجر ليمارس تحته التجارة وليكون مميزاً لمحله التجاري ويدخل في عناصر الاسم التجاري اسم الشخص المدني إذا كان التاجر فرداً. وإذا كان الاسم لا يجوز التصرف فيه، فإن الاسم التجاري يجوز فيه التصرف شريطة ألا يكون هذا التصرف مستقلاً عن المحل التجاري ويجوز للمتصرف إليه أن يستخدم في هذه الحالة الاسم التجاري المتصرف فيه كعلامة مميزة للمحل التجاري المتصرف فيه. ولا يجوز الاعتداء على الاسم التجاري، وللمعتدى عليه أن يدفع هذا الاعتداء وله أن يطالب المعتدي – سواء كان هذا الاعتداء بانتحال هذا الاسم التجاري أو بطريقة أخرى – بوقف الاعتداء وبتعويضه عما أصابه من ضرر. (عمران – مدخل القانون – مرجع سابق – ص٢٧٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في تحديد حقوق الطرفين إلى عقد تعديل الشركة المبرم بينهما وأوضح أن هذا العقد تضمن قصر حق استعمال الاسم التجاري للشركة التي كانت معقودة بينهما على الشركة المطعون عليها والتزام الطاعنين اللذين انفصلا عن الشركة بعدم استعمال هذا الاسم كما استخلص الحكم من مطابقة الاسم الذي اتخذه الطاعنان لاسم شركتهما باسم شركة المطعون عليه وجود تشابه بين الاسمين من شأنه أن يوجد لبساً بين جمهور المستهلكين في تحديد مصدر منتجات كل من الطرفين مما يعتبر منافسة غير مشروعة، وكان الحكم قد أقام قضاءه فيما انتهى إليه في هذا الخصوص على الاعتبارات السائغة التي أوردها وعلى ما استمده من عبارات تعديل الشركة بغير مسخ أو تحريف، فإن ما انتهى إليه في هذا الصدد يكفي لحمل قضائه فلا محل للنعي عليه بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٧٨ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢)، وبأنه "الأصل أن لكل تاجر أن يتخذ من اسمه الشخصي ((ويدخل في ذلك اللقب)) اسماً تجارياً لتمييز محله التجاري عن نظائره، ومن ثم فلا يتأذى تجريد شخص من اسمه التجاري المستمد من اسمه المدني لمجرد التشابه بينه وبين أسماء الآخرين، على أن القضاء لا يعدم من الوسائل ما يدرأ به ما عساه أن يقع من خلط أو لبس أو منافسة غير مشروعة نتيجة لتشابه الأسماء" (الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠)، وبأنه "ويعد منافسة غير مشروعة ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية للشرف والأمانة والمعاملات متى قصد بها إحداث لبس بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بإحداها وكان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى أو صرف عملاء المنشأة عنها" (نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ س١٠ ص٥٠٥)

وقد قضــت محكمة النقض أيضــاً بأن "وحيث إن هذا النعي في غير محله ذلك أن النص في الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لســـنة ١٩٥١ الخاص بالأســـماء التجارية قد نصت على أن ’’ويجوز لمن تنتقل إليه ملكية متجر أن يستخدم اسم سلفه التجاري إذا أذن المتنازل أو من آلت إليه حقوق في ذلك على أن يضــيف إلى هذا الاســم بياناً يدل على انتقال الملكية‘‘ يدل على أن المشــرع لم يشــترط شــكلاً خاصــاً للبيانات التي أوجب على مشــتري المحل التجاري أن يضـــيفها على المنتجات واكتفى بأن تدل هذه البيانات على انتقال الملكية إليه. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وذهب إلى أن الثابت بتقريري الخبير المندوب ولجنة التقييم أن الشركة المطعون ضدها المشترية تذكر الاسم التجاري على مطبوعاتها مسبوقاً باسمها وهو ما يكفي لحمل الحكم في هذا الخصــوص ولا مخالفة فيه للقانون أو الثابت بالأوراق ومن ثم يضحى النعي في غير محله" (الطعن رقم ٨٠١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩٦/٢/١٢)، وبأنه "الحكمة من الاستثناء المقرر بالمادة ٢/٥٩٤ مدني هي – وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – رغبة المشــرع في الإبقاء على الرواج المالي والتجاري في البلاد بتســهيل بيع المتجر عندما يضــطر صــاحبه إلى بيعه وتمكين مشــتريه من الاســتمرار في اســتغلاله ومفاد اســتلزام توافر العنصــر المعنوي الخاص بالاتصال بالعملاء وجوب أن يكون الشراء بقصد ممارسة النشاط ذاته الذي كان يزاوله بائع المتجر، ولا يغير من ذلك جواز اســتبعاد الاســم التجاري من العناصــر التي ينصــب عليها بيع المتجر" (الطعن رقم ٦٢٩ لســـنة ٤٣ق جلســـة ١٩٧٧/٥/١٨)، وبأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في تحديد حقوق الطرفين إلى عقد تعديل الشركة المبرم بينهما وأوضح أن هذا التعاقد تضــمن قصــر حق اســتعمال الاســم التجاري للشــركة التي كانت معقودة بينهما على الشركة المطعون عليها والتزام الطاعنين اللذين انفصلا عن الشركة بعدم استعمال هذا الاسم، كما استخلص الحكم من مطابقة الاسم الذي اتخذه الطاعنان لاسم شركتهما باسم شركة المطعون عليه وجود تشــابه بين الاســمين من شــأنه أن يوجد لبســاً لدى جمهور المســتهلكين في تحديد مصــدر منتجات كل من الطرفين مما يعتبر منافسة غير مشروعة، وكان الحكم قد أقام قضاءه فيما انتهى إليه في هذا الخصوص على الاعتبارات السائغة التي أوردها وعلى ما استمده من عبارات تعديل الشركة بغير فسخ أو تحريف فإن ما انتهى إليه في هذا الصدد يكفي لحمل قضائه فلا محل للنعي عليه بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٥٢ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٢)، وبأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أوضــح أركان المســئولية الموجبة للتعويض من خطأ هو إخلال الطاعنين بالتعاقد ومنافسـتهما المطعون عليه منافسـة غير مشـروعة ومن ضـرر محقق نتيجة لأن التسـمية التي اتخذها الطاعنان لشــركتهما توجد لبســاً في تحديد مصــدر منتجات كل من الشــركتين لدى المستهلكين ومن وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا محل للنعي عليه بالقصور" (الطعن

رقم ٥٢ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٢)، وبأنه "الأصل أن لكل تاجر أن يتخذ من اسمه الشخصي "ويدخل في ذلك اللقب" اسماً تجارياً لتمييز محله التجاري عن نظائره، ومن ثم فلا يتأذى تجريد شخص من اسمه التجاري المستمد من اسمه المدني لمجرد التشابه بينه وبين أسماء الآخرين، على أن القضاء لا يعدم من الوسائل ما يدرأ به ما عساه أن يقع من خلط أو لبس أو منافسة غير مشروعة نتيجة لتشابه الأسماء" (الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠)، وبأنه "إذا كانت محكمة الموضوع إذ قررت أن المطعون عليهما الأول والثاني كانا على حق في استعمال لقب "الشبراويشي" وأن أولهما سعى لمنع خلط اللبس بإضافة اسمه الخاص قبل اللقب المذكور – وأن سعيه هذا كان على قدر إدراكه – فإنها تكون قد نفت عن المطعون عليهما الخطأ بجميع صوره سواء كان هذا الخطأ خروجاً عن الحق أو تعسفاً في استعماله. بما يمتنع معه المساءلة بالتعويض" (الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠)

- تصحيح الاسم وتغييره : قد يقع خطأ في اسم شخص وقد يشتهر شخص باسم غير اسمه الحقيقي، وعند ذلك يكون لمثل هذا الشخص مصلحة في تغيير اسمه بصفة رسمية. ولكل شخص الحق في تغيير اسمه وفي أي وقت يشاء. غير أنه لا يجوز إجراء أي تغيير للاسم في قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد إلا بقرار من اللجنة المشكلة طبقاً للمادة ٤٦ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية. وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من القانون الأخير على أن "لا يجوز إجراء أي تغيير أو تصحيح في قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها في المادة السابقة وهذه اللجنة تشكل من : ١- المحامي العام للنيابة الكلية بالمحافظة أو من ينيبه وفي حالة تعددهم يختار النائب العام أحدهم رئيساً. ٢- مدير الأحوال المدنية بالمحافظة أو من ينيبه .٣- مدير مديرية الشئون الصحية بالمحافظة أو من ينيبه (عضوين) . وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات الخاصة بتقديم الطلبات وكيفية القيد والجهات الواجب إخطارها بالقرار الصادر مها، ويحدد وزير الداخلية بقرار منه رسوم الإصدار بما لا يجاوز عشرة جنيهات.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لكل شخص أن يتخذ لنفسه اسماً غير اسمه المعروف به، ويذيعه في الناس بالطريقة التي يراها كفيلة بذلك مادام هذا الاسم لم يكن اسماً معروفاً انتحله قصداً لغرض خاص. واتخاذ الشخص اسماً غير اسمه يجعله مسئولاً قبل من يعترض بحق على انتحال اسمه، فمجرد طلب تغيير الاسم لا يصح رفع دعوى به إلى المحاكم الأهلية، ولكن إذا رفع شخص على وزارة الصحة دعوى طلب فيها إضافة اسم إلى اسمه الشخصي لكي يعرف باسمه

مضافاً إليه الاسم الجديد بدلاً من اسمه مع أبيه وجده وإجراء التغيير المطلوب في دفاتر المواليد، واعترضت وزارة الصحة على جواز الإضافة في ذاتها، فإنها باعتراضها هذا تكون قد أثارت بلا حق نزاعاً في طلب لا شأن لها به، ويجوز للمحكمة إذن أن تقضي للطالب في دعواه بأحقيته في طلب تغيير الاسم، أما عن إلزام الوزارة بإثبات الاسم الجديد في دفاترها، فمحله أن تكون الوزارة قد رفضت إثبات التغيير تعنتاً منها، وهذا لا ينكشف إلا بعد أن يكون المدعي قد أشهد أمام المحكمة الشرعية – وفقاً لما جرى به العرف – على التغيير وأعلن ذلك في محل توطنه ومحل ميلاده، ومضى من الوقت ما يتسع للاعتراض من كل من يهمه التغيير، فإذا كان الخلف على إثبات التغيير قد حصل مع كل ذلك، فإنه عندئذٍ يكون هناك مقتضى للفصل فيه" (الطعن رقم ٣٥ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٨/٢/٢٤)

- سلطة محكمة الموضوع في استخلاص انتحال الاسم ، فقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه مقام من حيث الواقع على أن الطاعن لم يستعمل لفظ "الشبراويشي" كعلامة تجارية وإنما استعمله اسماً تجارياً له كما استعمله المطعون عليهما الأول والثاني اسماً تجارياً لهما بدعوى أنه لقب اشتهرا به كما اشتهر به والدهما من قبل، وكان مما يقتضيه الفصل في النزع القائم بين الطرفين تحري الواقع في شأن هذا اللفظ، فإن محكمة الموضوع وقد خلصت من بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها في هذا الصدد وموازنة بعضها بالبعض الآخر إلى أنه لقب اشتهر به والد الطرفين وكان ملتصقاً به من وقت طويل سابق على اتخاذ الطاعن لحرفة صناعة وتجارة العطور وأن المطعون عليهما الأول والثاني وأخاهما الطاعن كانوا جميعاً يحملون هذا اللقب وقد تلقوه عن والدهم واشتهروا به طوال حياتهم ولم يكن حمل المطعون عليه الأول له مبتدئاً من تاريخ إضافته إلى اسمه في شهادة ميلاده، وكان يبين من مراجعة ما أوردته محكمة الموضوع في حكمها تفصيلاً لمصادر هذا التحصيل أن ما أثبتته مستنداً إليها لا يناقض شيئاً مما ورد بها، وكان ما استخلصته منها سائغاً، فإنه بهذا وذاك تنحسر رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع في تحصيلها للواقع المتقدم بيانه، ويكون على غير أساس ما رمى به حكمها في هذا الخصوص من القصور وفساد الاستدلال وبطلان الإسناد" (الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠)

(الفهـــرس)

الموضـــــوع

الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام

الحكمة من أن الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام :

يجب أن يكون الدفع بعدم الدستورية دفع جدي

الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية وما أثاره من جدل :

تستثنى الحقوق والمراكز من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية بالتقادم :

الورثة الذين لهم حق البقاء في العين المؤجرة يستمدون حقهم في البقاء في العين المؤجرة من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني وبالتالي لا يسري في حقهم حكم المحكمة الدستورية والمتعلق بالمادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ :

أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في تشريع أو لائحة قبل تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :

أثر الحكم بعدم الدستورية بعد تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :

كل القوانين واللوائح تبقى صحيحة و نافذة الى أن يتم إلغاؤها أو تعديليها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور

ويأتي دستور اتحاد الدول العربية في مرتبة أعلى من دستور الدول الأعضاء فيجب تطبيقه في حالة تعارضه مع دستور أحد الدول الأعضاء

الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها

الدستور أخضع سلطات الدولة جميعا لسيادة القانون

الدستور كفل استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية

رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين واللوائح

يجب على محكمة الموضوع أن توقف الفصل في الدعوى إذا تراءى لها هى ذاتها عدم دستورية النص وأن هذا النص لازم للفصل في الدعوى المنظورة

لمحكمة الموضـــوع الخيار بين أن توقف الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدســـتورية وبين تأجل نظرها مع تحديد ميعاد للخصـــم الذي أبدى دفعا بعدم الدستورية

يجب في النصوص التشريعية ألا تخالف الدستور

يجب التزام جميع التشريعات بأحكام الدستور سواء كانت قبل العمل بالدستور أو بعده

مناط انسحاب الحكم بعدم الدستورية الى الماضي

ولاية المحكمة الدســتورية العليا في الدعاوى الدســتورية لا تقوم إلا باتصـــالها بالدعوى

تعد الأوضاع الإجرائية من النظام العام

اختصاص المحكمة الدستورية بالفصل في المسائل الدستورية مبناه مخالفة نص في قانون أو لائحة لقاعدة في الدستور فلا يمتد لأعمال السيادة أو مواد الدستور أو أحكام المحكمة الدســـتورية أو القرارات الإدارية أو حالات التعارض بين القوانين واللوائح أو بين التشريعات ذات المرتبة الواحدة

إلغاء المشرع لقاعدة قانونية لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية

الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا :

يجب التزام المحاكم بجميع درجاتها بحكم الهيئة العامة للمواد الجنائية

صحة الحكم من الناحية الدستورية رهينة بما تمليه المبادئ الأساسية في الدستور

يترتب على نشـــر الحكم بعدم دســـتورية نص تشـــريعي امتناع تطبيقه من اليوم التالي للنشـــر على الوقائع كافة حتى ولو كانت ســـابقة على صـــدور الحكم بعدم الدستورية

استـثناء من الأثر الرجعي بعدم دسـتورية النص المراكز والحقوق التي اسـتقرت عند صدوره بانقضاء مدة التقادم أو الأحكام التي حاز قوة الأمر المقضي

الحكم بعدم دســـتورية نص تشـــريعي . أثره . عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره . انسحاب هذا الأثر على الوقائع كافة ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية . م٤٩ ق المحكمة الدستورية

تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا غاير في تقرير الأثر المباشر للأحكام الدستورية بين النص الضريبي والنص غير الضريبي

تشريع الضرورة :

تشريع التفويض :

اختصاص السلطة التنفيذية بسن اللوائح

١- اللوائح التنفيذية :

يجب أن تتمشى اللائحة مع نصوص القانون وبالتالي لا يجوز للائحة أن تعدل تشريعا أو تزيد عليه أو تعطل تنفيذ أو أن تعفى من التنفيذ

مدى توقف تطبيق القانون على صدور اللائحة التنفيذية

الحالة التي يجوز فيها العمل باللائحة التنفيذية لقانون ملغي

لا يتوقف تنفيذ القانون على لائحته التنفيذية

يجب أن تصدر اللائحة في نطاق التفويض المنصوص عليه في القانون وإلا كانت عديمة الأثر قانونا

الغاية من إصدار السلطة التنفيذية لقواعد تشريعية

الأصل أنه لا يحتج باللوائح في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشرها . أما بالنسبة لجهة الإدارة فيفترض العلم بها من تاريخ صدورها

إذا ألغى القضاء الإداري قراراً وزارياً فإن هذا القرار يكون منعدماً من يوم صدوره ويترتب عليه إلغاء كل آثاره

التشريع الصادر لفترة محدودة

القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية تعتبر قرارات إدارية لا ترى لمستوى التشريع

٢- لوائح البوليس :

القرار الإداري

أركان القرار الإداري

١- أن يصدر من سلطة عامة

٢-أن يصدر في المجال الإداري المحدد للسلطة مصدرة القرار

انعدام القرار الإداري في حالة تخلف أحد أركانه

شروط صحة القرار الإداري

أثر إلغاء القرار الإداري
تعليمات النيابة العامة لا تعدو أن تكون تعليمات إدارية
تعليمات الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة مجرد تعليمات إدارية
فتاوى مجلس الدولة الخاصة بتنظيم العاملين بالقطاع العام ليس لها صفة الإلزام
اللائحة التي تصدر من الوزير بدون تفويض لا تعدو أن تكون تنظيما داخليا
الرقابة على دستورية القوانين
تفسير التشريع
التشريع التفسيري يتبع التشريع الأصلي وجوداً أو عدماً
من حق المشرع إصدار قانوناً تفسيرياً يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق
يجوز للمحكمة أن تتصدى لتفسير القانون التفسيري
اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير النصوص
ما يشترط لقيام المحكمة الدستورية بالتفسير
لا يعد تفسير المحكمة الدستورية لنص تشريعي حكماً منشئاً جديداً
لا يعد تفسير المحكمة الدستورية العليا لنص تشريعي مصادرة لحق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين
التفسير الذي يصدر من المحكمة الدستورية العليا ملزم لجميع جهات القضاء
لا يعني تفسير المحكمة الدستورية للنص التشريعي أنه معاب بعدم الدستورية
المذاهب المختلفة في التفسير
اتجاه القانون في مصر
طرق التفسير وقواعده
متى كان النص واضحاً فإن المعنى يستخلص من ألفاظه وعباراته
النص الذي يحتمل التأويل
يجب أن نلاحظ أن القانون الخاص إذا شابه نقص أو غموض وجب الرجوع الى القانون العام
يجب حمل النص على المعنى الاصطلاحي وليس على المعنى اللغوي
التفسير الضيق يكون في النصوص القانونية التي تقرر استثناء من قاعدة عامة
المعنى المستخلص من إشارة النص
العيوب التي تلحق النص

١- الخطأ (L'erreur)

٢- النقص L,omission

٣- الغموض

٤- التعارض

من طرق تفسير النص المعيب أن يلجأ القاضي للأعمال التحضيرية

من طرق تفسير النص المعيب أن يلجأ القاضي للمصدر التاريخي للنص

من طرق تفسير النص المعيب أيضاً أن يلجأ القاضي للمحكمة التي وضعها المشرع أو العلة من صدور هذا النص

من طرق تفسير النص المعيب أيضاً أن يلجأ القاضي لما يسمى بتقريب النصوص

من طرق تفسير النص المعيب أيضاً أن يلجأ القاضي للنص الفرنسي وخاصة إذا كان القانون المصري مأخوذ من القانون الفرنسي

حالة غياب النص

صور القياس

المبادئ والنظريات العامة للقانون المصري

يفترض العلم بالتشريع من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية

يعد الاستدراك الذي ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون جزءًا من النص التشريعي المصحح

الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية هى من مقوماتها كقواعد قانونية

الاستناد الى المصادر الاحتياطية قاصر على القواعد القانونية الموضوعية دون القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي والمرافعات

تحديد المقصود بالنظام العام

ثانياً : العرف : تعريف العرف

شروط العرف

العرف والعادة

العرف والتشريع

أساس القوة الملزمة للعرف

يجب على الأفراد إثبات العرف أمام محكمة الموضوع ولا يجوز التحدي بالعرف لأول مرة أمام محكمة النقض

رقابة محكمة النقض على العرف

دور العرف في القانون المدني

ثالثاً : مبادئ الشريعة الإسلامية

مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً

وضع مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون

رابعاً : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

المقصود بالإحالة الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة

﴿ المـــادة ٢ ﴾

التعليــق

الشــرح

المقصود بإلغاء القاعدة القانونية

السلطة التي تملك الإلغاء

الإلغاء الصريح

لا يترتب على صـــدور القانون الجديد إلغاء أحكام اللوائح والقرارات التنظيمية العامة الســـارية فيما لا يتعارض مع أحكامه طالما إن هذا القانون الجديد لم يقم بإلغاء هذه اللوائح والقرارات

لا يعتبر التشـــريع الســـابق ملغيا بعدم اســـتعماله مدة طويلة طالما لم تتجه نية المشرع على إلغاءه صراحة

الإلغاء الضمني

قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لســـنة ١٩٩١ ولائحته التنفيذية ولوائح العاملين بشـــركات قطاع الأعمال . هم الأســـاس في تنظيم علاقات العاملين بتلك الشركات . تطبيق أحكامهم ولو تعارضت مع أحكام قانون العمل أو أى قانون آخر . خلوهم من أى نص بشأن تلك العلاقات . أثره . تطبيق أحكام قانون العمل

يقصـــد بالتعارض بين النص القديم والجديد أن يكون النصـــان واردين على محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه

وعلى ذلك إذا اختلف المحلان فلا موجب للإلغاء

القياس لا يرد على نص ملغي لانعدام حكمه

الصورة الثانية : تنظيم الموضوع نفسه من جديد

والدستور هو صاحب الصدارة على ما دونه من التشريعات التي عليها النزول على أحكامه وبالتالي لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف عليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون

كما أن النص العام لا يلغى ضمنا النص الوارد في قانون خاص

لا يتتبع إلغاء قانوناً إلغاء لائحته التنفيذية

وقت تحقق الإلغاء

الاستدراك لا ينال من النص القانوني الذي يتعين إعمال أحكامه

أثر إلغاء القانون المحال إليه

أثر إلغاء النص الذي أحال إليه قانون قائم

عند تعارض قانونين خاصين يتعلقان بالاختصاص بالنسبة لنوع المنازعة وصفات الخصوم يتعين تغليب القانون الذي يعتد بصفات الخصوم

﴿ المـــادة ٣ ﴾

التعليـق

الشـرح

حساب المواعيد في ظل القانون السابق بالتقويم الهجري

احتساب المواعيد بالتقويم الميلادي في ظل القانون المدني الجديد

التقويم في التشريعات الجنائية

﴿ المـــادة ٤ ﴾

التعليـق

الشـرح

تعريف الحق

الخصائص المميزة للحق

أركان الحق على ضوء التعريف السابق

الفرق بين الحق والرخصة

تعريف الرخص العامة

أنواع الحقوق

مصادر الحق

تعسف الزوج على زوجته

التعسف في رفع الدعوى

نشر الحكم الصادر لصالح خصم

التعسف في العدول عن الخطبة : الخطبة :

التعسف عن إساءة استعمال السلطة والتعويض عنه

عبء إثبات الخطأ يقع على المضرور

٢- تطبيق القانون

تنازع القوانين من حيث الزمان

﴿ المـــادة ٦ ﴾

التعليـق

الشـرح

سريان القاعدة القانونية من تاريخ العمل بها على الوقائع التي تتم في ظلها

النص التشـريعي لا يسـري إلا على ما يلي نفاذه من وقائع ما لم يقضـي القانون خروجاً على هذا الأصل

ويشـمل القانون أى تشـريع صـادر من السـلطة التنفيذية وما تصـدره السـلطة التنفيذية من قرارات بقانون أو لوائح أو قارات إدارية

أهليــة الشخـص

تصرفات الشخص

الأصـل أن أحكام القانون الجديد لا تسـري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها إلا الأحكام المتعلقة بالنظام العام فتسـري بأثر فوري على المراكز والوقائع القانونية ولو كانت ناشئة قبل العمل به مادامت لم تستقر بصدور حكم نهائي فيها

القانون يطبق بوجه عام على الوقائع والمراكز القانونية التي تتم في الفترة بين تاريخ العمل به وإلغائه ، فيسري بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي يقع أو تتم بعد نفاذه ، ولا يســري بأثر رجعي على الوقائع الســابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك

إذا لم ينص القانون الجديد على ســـريانه بأثر رجعي ينطبق القانون القديم على الوقائع والمراكز التي تمت خلاله

التشـــريعات المتعلقة بالقانون العام فيما عدا ما تضـــمنته القوانين الجزائية من أحكام خاصة تسري جميعها بأثر فوري مباشر

﴿ المـــادة ٧ ﴾

التعليـق

الشـرح

انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد

الأثر المباشر للقانون الجديد

﴿ المـــادة ٨ ﴾

التعليـق

الشـرح

تقصير القانون المدني الجديد لمدة التقادم

﴿ المـــادة ٩ ﴾

التعليـق

الشـرح

الأحكام المتعلقة بأدلة الإثبات

الأدلة التي تعد مقدما للإثبات

القـرائـن القانونيـة

تنازع القوانين من حيث المكان

﴿ المـــادة ١٠ ﴾

التعليـق

الشـرح

التعريف بالقانون الدولي الخاص وطبيعة قواعده

قواعد الإسناد وطبيعتها

طبيعة قواعد الإسناد

على القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد

إثبات القانون الأجنبي

على قاضي الموضوع تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد سواء كان مصدره التشريع أم غيره من المصادر

مركز الإدارة الرئيسي الفعلي للشخص الاعتباري

القانون المصري يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية

تطبيق الفقرة الثانية من المادة على المشرع العام الأجنبي

المعاملات المالية للمشروع العام الأجنبي

أحكام النقض :

﴿ المـــــادة ١٢ ﴾

التعليــق

الشـــرح

القانون الواجب التطبيق على الخطبة

خضوع شكل الزواج للقاعدة العامة

الضوابط الأربعة لشكل الزواج

الشروط الموضوعية للزواج

كيفية تطبيق القانوني على متحدي الجنسية أو مختلف الجنسية

الحالات التي لا يجوز فيها تطبيق القانون الأجنبي

المقصود بالنظام العام

وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام

إثبات الزواج

توثيق عقود الزواج

زواج المصريين في الخارج

﴿ المـــــادة ١٣ ﴾

التعليــق

الشــرح

آثـار الـزواج

الآثار الشخصية للزواج

وعلى ذلك تعد من مسائل الأحوال الشخصية المنازعات المتعلقة بالنظام المالي

القانون الواجب التطبيق على دعوى المســـئولية في حالة الإخلال بالالتزامات المتبادلة بين الزوجين

حكم النفقة الوقتية

الدوطة ليست ركناً من أركان الزوج

طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته

العقود المالية بين الزوجين

آثار الزواج على أهلية الزوجة

القانون الذي يحكم الآثار المالية للزواج

الزواج الباطل وآثاره

الزوجان الباطل في القانون الإيطالي

الزواج الباطل في القانون اليوناني

القانون الذي يسري على الطلاق والتطليق والانفصال

مدى تطبيق الشريعة الإسلامية لغير المسلمين

إذا كان الزوج مصـــرياً وجب تطبيق القانون المصـــري على دعوى التطليق والانفصال

الآثار المترتبة على انقضاء الزواج

قواعد الإثبات الموضوعية في التطليق والانفصال

إجراءات انقضاء الزواج

مدى حجية الأحكام الأجنبية

تطبيق القانون المصـــري في شـــأن الإجراءات التحفظية أو الوقتية أثناء نظر دعوى التطليق أو الانفصال

لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي في شـــأن انقضـــاء الزواج إذا كان مخالفاً للنظام العام

لا يجوز تطبيق نظرية الغش في مجال انقضاء الزواج

النســب

بطــلان التبني

ثبوت النسب للأم

النسب يثبت بالإقرار

﴿ المـــادة ١٤ ﴾

التعليــق

الشــرح

شرط تطبيق الاستثناء الوارد بالمادة

مجال تطبيق الاستثناء بالنسبة لانقضاء الزواج

﴿ المـــادة ١٥ ﴾

التعليــق

الـشـرح

اقتصار النص على نفقة الأقارب فقط

القانون الواجب التطبيق على نفقة الأصهار

﴿ المـــادة ١٦ ﴾

التعليــق

الشــرح

نطاق تطبيق النص

﴿ المـــادة ١٧ ﴾

التعليــق

الشــرح

أخضع المشرع المصري الميراث لقانون جنسية المورث وقت موته

المسائل الداخلة في فكرة الميراث

حكم التركة الشاغرة

لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي في شأن الميراث إذا كان مخالفا للنظام العام

إجـراءات الإرث

الإجراءات التحفظية

الوصية وما في حكمها

المقصود بالشروط الموضوعية

قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية

لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذ كان يخالف قوا عد الوصـــية المتعلقة بالنظام العام في مصر

التقيد بأحكام القانون المصري باعتباره قانون موقع المال

الشروط الشكلية للوصية

﴿ المـــادة ١٨ ﴾

التعليــق

الشــرح

الأموال التي تخضع لحكم النص

كيفية تحديد موقع العقار

ما يدخل في مجال إعمال قانون موقع العقار

تحديد قانون موقع المنقول

مجال إعمال قانون موقع المال

أثر التأميم على نظام الأموال

﴿ المـــادة ١٩ ﴾

التعليــق

الشــرح

قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة

ما يشـــترط لأعمال قانون الإدارة: أولاً: أن يكون القانون الذي اختاره المتعاقدين على صلة بالعقد

قانون موقع العقار يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار

نطاق تطبيق قانون الإرادة

البطلان كجزاء مترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته

آثار العقد بالنسبة للأشخاص

آثار تصرف النائب للأصيل

النيابة القانونية للفضولي

آثار العقد بالنسبة للموضوع

أسباب انقضاء الالتزام تخضع لقانون العقد

القانون الواجب التطبيق على عقد الهبة

القانون الواجب التطبيق على عقد العمل

اســتقر قضـاء محكمة النقض على إخضــاع عقد العمل لقانون دولة مركز الأعمال

إبرام عقد العمل مع مؤسسة حكومية أجنبية

المسئولية عن إصابات العمل

دعوى التعويض على صاحب العمل

المسئولية المترتبة على الفصل التعسفي

قد أخذت محكمة النقض بالرأي القائل لإخضاع دعوى التعويض للفصل التعسفي لقانون الدولة التي بها مركز إدارة الأعمال

العقود التي تبرمها الدولة

الاتفاقات التي تبرم بين أكثر من دولة أو بين دولة وشخص من أشخاص القانون الخاص

عقد الرهن

﴿ المـــادة ٢٠ ﴾

التعليـق

الشـرح

المقصود بالعقود ما بين الأحياء الواردة بالنص

تعدد ضوابط شكل التصرفات القانونية

المسائل التي تخرج عن مفهوم شكل التصرف

مضمون فكرة شكل التصرفات القانونية

(أ) الشكل المطلوب للانعقاد

(ب) الشكل اللازم للإثبات :

اختصاص القناصل بإعطاء الشكل للتصرف

﴿ المـــادة ٢١ ﴾

التعليـق

الشـرح

المقصود بالالتزامات

ما يخرج عن نطاق تطبيق النص

الاتجاهات الفقهية والمتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية

تحديد القانون المحلي بالنسبة للمسئولية المترتبة على العقل النافع

المسئولية عن العمل الشخصي

المسئولية عن عمل الغير

المسئولية عن الأشياء

آثار المسئولية

المسئولية المترتبة على جريمة وقعت في الخارج

لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام

﴿ المـــــادة ٢٢ ﴾

التعليـق

الشـرح

أولاً: الاختصاص الدولي للمحاكم

الدفع بعدم الاختصاص الدولي

يســري على قواعد المرافعات ســواء ما تعلق منها بالاختصــاص أو بإجراءات التقاضي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات

يجوز الأخذ بالحكم الأجنبي الصـادر بصـفة نهائية ولو لم يكن قد أعطى الصـيغة التنفيذية شريطة ألا يكون مخالفاً للنظام العام

اختصاص العائلة الحاكمة بدولة البحرين

الاختصــاص لا ينعقد للمحاكم المصـرية في حالة مس موضـوع الدعوى سـيادة دولة أجنبية

القانون الواجب التطبيق على التحكيم

إجراءات التحكيم بالخارج

تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية يعني عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى

اختصاص القضاء المصري بدعوى ثبوت الوراثة لمن يولد لأب مصري

كيفية تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية الأجنبية

مدى تعلق الإجراءات بالنظام العام

دعاوى التنفيذ

﴿ المـــــادة ٢٣ ﴾

التعليـق

الشـرح

ســـريان أحكام القانون الخاص والمعاهدة الدولية النافذة في مصـــر على أحكام النصوص المتعلقة بتنازع القوانين

شروط تكملة المعاهدة بقانون القاضي

ليس للقانون إلغاء معاهدة نفذت حتى ولو تعارضت معه

ومفاد هذه المادة بأن المعاهدة الذي يبرمها رئيس الجمهورية يكون لها قوة القانون بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وبالتالي لا يجوز إلغاء هذه المعاهدة باتفاق جميع الدول التي أبرمتها ومن ثم لا يجوز للقانون إلغاء معاهدة نفذت وفقاً لأحكام الدستور

للقاضي الذي ينظر الدعوى سلطة تفسير هذه المعاهدة

لا يجوز الانسحاب من المعاهدة إلا بالإجراءات المنصوص عليها فيها

(المـــادة ٢٤)

التعليـق

الشـرح

الحالة التي يجوز فيها للقاضي اللجوء للقانون الدولي الخاص

العرف الدولي

(المـــادة ٢٥)

التعليـق

الشـرح

تعريف الجنسية

أهمية الجنسية

القانون الواجب التطبيق حال تعدد الجنسيات

القانون الواجب التطبيق حال انعدام الجنسية أو جهالتها

(المـــادة ٢٦)

التعليـق

الشـرح

القانون الذي يطبق على الدول ذات النظم المركبة

أما إذا لم توجد قاعدة إسناد داخلية في القانون الأجنبي، أو كانت هذه القاعدة تشير بتطبيق قانون دولة أخرى، ففي الحالة الأخيرة تكون بصدد إحالة لا يقرها القانون المصري وفقاً لنص المادة ٢٧ من التقنين المدني

(المـــادة ٢٧)

التعليـق

الشـرح

تعريف الإحالة

موقف المشرع المصري من الإحالة

﴿ المـــادة ٢٨ ﴾

التعليـق

الشـرح

النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

مفهوم النظام العام في المجال الدولي

الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام

الأثر الإيجابي لإعمال فكرة النظام العام

الميراث

اختلاف الدين مانع من موانع الميراث

عدم تطبيق القـانون اللبنـاني على الواقعـة المطروحـة إذا تعـارض مع القـاعدة الشرعية

الوصية

اســتبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا تعارض مع قواعد المســئولية التقصــيرية لتعلقها بالنظام العام

الشرط المانع من التصرف

الفصــل الثــاني

الأشخــاص

١- الشخص الطبيعي :

﴿ المـــادة ٢٩ ﴾

التعليـق

الشـرح

بداية الشخصية القانونية للإنسان

مركز الجنين

وقد أحال المشرع في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون

انتهاء الشخصية بالموت

﴿ المــــادة ٣٠﴾

التعليـق

الشــرح

كيفية إثبات الولادة والوفاة

تعد شهادة الميلاد قرينة على ثبوت النسب

حجية شـهادة الوفاة تعد قاصـر على مجرد صـدورها على لســان ذوي الشأن ويجوز إثبات ما يخالفها

﴿ المــــادة ٣١﴾

التعليـق

الشــرح

تنظيم دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات

﴿ المــــادة ٣٢﴾

التعليـق

الشــرح

الموت الحكمي أو الاعتباري

الآثار التي تترتب على اعتبار المفقود ميتاً

الوقت الذي يعتبر المفقود فيه ميتاً

يجب اختصام وكيل المفقود في دعوى موته

تختص محكمة الأسرة بنظر دعوى موت المفقود

﴿ المــــادة ٣٣﴾

التعليـق

الشــرح

كيفية تنظيم الجنسية المصرية

وقد صـدر القانون رقم ١٥٤ لسـنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية

اختصاص قضاء مجلس الدولة بنظر منازعات الجنسية

إثبات الجنسية

وللمحكمة السلطة التقديرية في توافر إحدى حالات شروط الجنسية من عدمه دون أن تتقيد بشهادة وزارة الداخلية

﴿ المـــــادة ٣٤﴾

التعليـق

الشـرح

قرابة النسب

﴿ المـــــادة ٣٥﴾

التعليـق

الشـرح

﴿ المـــــادة ٣٦﴾

التعليـق

الشـرح

احتساب درجة القرابة

﴿ المـــــادة ٣٧﴾

التعليـق

الشـرح

قرابة المصاهرة

أهمية القرابة وآثارها

﴿ المـــــادة ٣٨﴾

التعليـق

الشـرح

اسم الشخص ولقبه

طرق حماية الاسم

الاسم المنتحل

اسم الشهرة والاسم المستعار

